كتاب المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

الجزء السادس

١١-١٢

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

كِتَاب
المَبسُوط
لِشمْس الدّين السّرخسِي
المتوفى سَنة ٤٩٠ هِجرِيّة

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le

هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣

فاكس: ٠٠/٩٦١١/٦٠٢١٣٣ - ٠٠/١٢١٢/٤٧٨١٣٧٣

كتاب المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوى الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

الجزء الحادي عشر

دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب اللقيطة ﴾

﴿قال﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي الفضل السرخسي اختلف الناس فيمن وجد لقطة فالمتفلسفة يقولون لايحل له أن يرفعها لانه أخذ المال بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعاً فكما لايحل له أن يتناول مال الغير بغير اذن صاحبه لايحل له اثبات اليد عليه وبعض المتقدمين من أئمة التابعين كان يقول يحل له أن يرفعها والترك أفضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذى سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها فى ذلك الموضع ولانه لا يأمن على نفسه أن يطمع فيها بعد ما يرفعها فكان فى رفعها معرضاً نفسه للفتنة والمذهب عند علمائنا رحمهم الله وعامة الفقهاء ان رفعها أفضل من تركها لانه لو تركها لم يأمن أن تصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها فاذا أخذها هو عرفها حتى يوصلها الى مالكها ولانه يلتزم الأمانة في رفعها لانه يحفظها ويعرفها والتزام أداء الأمانة بفرض بمنزلة الثواب لانه يثاب على أداء ما يلتزمه من الامانة فانه يمتثل فيه الأمر قال تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها وامتثال الأمر سبب لنيل الثواب ثم ما يجده نوعان (أحدهما) مايعلم ان مالكه لا يطلبه كقشور الرمان والنوى (والثاني) ما يعلم ان مالكه يطلبه فالنوع الأول له أن يأخذه وينتفع به إلا أن صاحبه اذا وجده فى يده بعد ماجمعه كان له أن يأخذه منه لان القاء ذلك من صاحبه كان اباحة الانتفاع به للواحد ولم يكن تمليكا من غيره فان التمليك من المجهول لا يصح وملك المبيح لا يزول بالاباحة ولكن للمباح له أن ينتفع به مع بقاء ملك المبيح فاذا وجده فى يده فقد وجد عين ملكه قال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو أحق به وان وجد ذلك مجتمعاً لم يحل له أن ينتفع به لان الظاهر ان المالك ما ألقاه بعد ماجمعه ولكنه سقط منه فكان هذا من النوع الثانى وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله ان من ألقى شاة ميتة له فجاء آخر وجز صوفها كان له أن ينتفع به ولو وجده صاحب

الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ولو سلخها ودبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ فيه لان ملكه لم يزل بالالقاء والصوف مال متقوّم من غير اتصال شئ آخر به فله أن يأخذه مجاناً فأما الجلد لايصير مالا متقوّماً إلا بالدباغ فاذا أراد أن يأخذه كان عليه أن يعطيه مازاد الدباغ فيه فأما (النوع الثانى) وهو مايعلم ان صاحبه يطلبه فمن يرفعه فعليه أن يحفظه ويعرفه ليوصله الى صاحبه وبدأ الكتاب به ورواه عن ابراهيم قال فى اللقطة يعرفها حولا فان جاء صاحبها والا تصدق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أنفذ الصدقة وان شاء ضمنه وما ذكر هذا علي سبيل الاحتجاج بقول ابراهيم لان أبا حنيفة رحمه الله كان لايرى تقليد التابعين وكان يقول هم رجال ونحن رجال ولكن ظهر عنده ان ابراهيم فيما كان يفتى به يعتمد قول علىّ وابن مسعود رضى الله عنهما فان فقه أهل الكوفة دار عليهما وكان ابراهيم أعرف الناس بقولهما فما صح عنه فهو كالمنقول عنهما فلهذا حشا الكتاب من أقاويل ابراهيم وفي هذا الحديث بيان ان الملتقط ينبغي له أن يعرف اللقطة والتقدير بالحول ليس بعام لازم فى كل شئ وانما يعرفها مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته حتى قالوا فى عشرة دراهم فصاعدا يعرفها حولا لان هذا مال خطير يتعلق القطع بسرقته ويتملك به ماله خطر والتعريف لايلاء العذر والحول الكامل لذلك حسن قال القائل

الى الحول ثم اسم السلام عليكما ٭ ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر

وفيما دون العشرة الى ثلاثة يعرفها شهراً وفيما دون ذلك الى الدرهم يعرفها جمعة وفى دون الدرهم يعرف يوماً وفي فلس أو نحوه ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه فى كف فقير وشئ من هذا ليس بتقدير لازم لان نصب المقادير بالرأى لايكون ولكنا نعلم ان التعريف بناء على طلب صاحب اللقطة ولا طريق له الى معرفة مدة طلبه حقيقة فيبنى علي غالب رأيه ويعرف القليل الى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك فاذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف تصدق بها لانه التزم حفظها على مالكها وذلك باتصال عينها اليه ان وجده والا فباتصال ثوابها اليه وطريق ذلك التصدق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء ضمنه لانه تصدق بماله بغير اذنه وذلك سبب موجب للضمان عليه وان شاء أنفذ الصدقة فيكون ثوابها له واجازته في الانتهاء بمنزلة اذنه فى الابتداء فان قيل كيف يضمنها له وقد تصدق بها باذن الشرع قلنا

الشرع أباح له التصدق بها وما ألزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير مسقط لحق محترم للغير كالاذن في الرمى الى الصيد والاذن في المشي في الطريق فانه يتقيد بشرط السلامة وحق صاحب هذا المال مرعي محترم فلا يسقط حقه عن هذا العين بهذا الاذن فله أن يضمنه انشاء والاذن هنا دون الاذن لمن أصابته مخمصة في تناول ملك الغير وذلك غير مسقط للضمان الواجب لحق صاحب المال وذكر عن ابن مسعود رضي الله عنه انه اشترى جارية بسبعمائة درهم أو بثمانمائة درهم فذهب صاحبها فلم يقدر عليه فخرج ابن مسعود رضي الله عنه بالثمن في صرة فجعل يتصدق بها ويقول لصاحبها فان أبى فلنا وعلينا الثمن فلما فرغ قال هكذا يصنع باللقطة وفي هذا اللفظ بيان أن الملتقط له أن يتصدق بها بعد التعريف على أن يكون ثوابها لصاحبها ان أجاز وان أبى فله الضمان على المتصدق وليس مراد ابن مسعود رضي الله عنه من هذا ان حكم الثمن الواجب عليه حكم اللقطة من كل وجه وكيف يكون ذلك والثمن دين في ذمته وما تصدق به من الدراهم خالص ملكه فأما عين اللقطة فمملوكة لصاحبها والملتقط أمين فيها فعرفنا ان هذا ليس في معنى اللقطة ولا يقال لعله كان اشتراها بمال معين لانه صح من مذهبه ان النقود لا تتعين في العقد ولو تعينت فهي مضمونة على المشتري فعرفنا انه ليس كاللقطة من كل وجه وانه بالتصدق ما قصد اسقاط الثمن عن نفسه بل قصد اظهار المجاملة في المعاملة وايصال ثوابها الى صاحبها ان رضي بصنيعه وإلا فالثمن دين عليه كما كان وعن أبي سعيد مولى أسيد قال وجدت خمسمائة درهم بالحرة وأنا مكاتب فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعمل بها وعرفها فعملت بها حتى أديت مكاتبتي ثم أتيته فأخبرته بذلك فقال ادفعها الى خزان بيت المال وفي هذا دليل ان للامام ولاية الاقراض في اللقطة والدفع مضاربة لان قول عمر رضي الله عنه اعمل بها وعرفها إما أن يكون بطريق المضاربة أو الاقراض مضاربة وقد علمنا انه لم يرد المضاربة حتى لم يتبين نصيبه من الربح فكان مراده الاقراض منه وفي هذا معنى النظر لصاحب المال لانه يعرض للهلاك فيهلك من صاحبه قبل الاقراض وبعد الاقراض يصير دينا في ذمة المستقرض يؤمن فيه التوى بالهلاك وكذلك بالجحود لانه متأكد بعلم القاضي ولهذا كان للقاضي ولاية الاقراض في أموال اليتامى وربما يكون معنى النظر في الدفع اليه مضاربة أو الى غيره فذلك كله الى القاضي لانه نصب ناظراً وفيه دليل على ان الملتقط اذا كان محتاجاً فله أن ينتفع باللقطة بعد

التعريف لان هذا المكاتب كان محتاجاً الى العمل فيها فيؤدى مكاتبته من ربحها فأذن له عمر رضى الله عنه في ذلك وفيه دليل ان للامام أن يقبض اللقطة من الملتقط ان رأى المصلحة في ذلك لانه أمره بدفعها الى خزان بيت المال وكأنه انما أمره بذلك لانه كان سبيلها التصدق بها بعد التعريف فأمره بدفعها الى من هو في يده بيت مال الصدقة ليضعها موضع الصدقة وذكر في الأصل عن سويد بن عقلة قال حججت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان واناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم فوجدنا سوطاً فاحتماه القوم وكرهوا أن يأخذوه وكنت أحوجهم اليه فأخذته فسألت عن ذلك أبي بن كعب فحدثني بالمائة دينار التي وجدها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وجدت مائة دينار فأخبرت النبي صلى الله عليه وسلم بذلك قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة أخرى فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة أخرى فعرفتها فلم يعرفها أحد فاخبرته ثم قال بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء طالبها فادفعها اليه وإلا فانتفع بها فانها رزق ساقه الله اليك وأما قوله وجدنا سوطاً يحتمل أن يكون ذلك مما يكسر من السياط ويعلم أن صاحبه ألقاه فتركه القوم لأنهم ما كانوا محتاجين اليه وأخذه سويد لينتفع به فانه كان محتاجاً اليه فذلك يدل على ان ما ألقاه صاحبه يباح أخذه للانتفاع به لمن شاء ويحتمل ان هذا كان سوطاً هو مال متقوم يعلم ان صاحبه يطلبه فيكون بمنزلة اللقطة وفي قوله فاحتماه القوم حجة لمن يقول ترك اللقطة أولى من رفعها ولكنا نقول هذا كان في ذلك الوقت لان الغلبة كانت لأهل الخير والصلاح فاذا تركه واحد يتركه الآخر أيضاً أو يأخذه ليؤدى الأمانة فأما في زماننا فقد غلب أهل الشر اذا ترك الامين يأخذ الخائن فيكتم من صاحبه والحكم يختلف باختلاف أحوال الناس ألا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصديق رضى الله عنه ثم منعن من ذلك في زمن عمر رضى الله عنه وكان صواباً وفي الحديث الذى رواه أبيّ بن كعب رضى الله عنه دليل لما قلنا ان التقدير بالحول في التعريف ليس بلازم ولكنه يعرفها بحسب مايطلبها صاحبها ألا ترى ان المائة دينار لما كانت مالا عظيما كيف أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يعرفها ثلاث سنين ثم بظاهر الحديث يستدل الشافعي رضى الله عنه في ان للملتقط أن ينتفع باللقطة بعد التعريف وان كان غنياً فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جوّز ذلك لأُبيّ رضى الله عنه

وهو كان غنيا وقد دل على غناه قوله عليه الصلاة والسلام اخلطها بمالك ولكنا نقول يحتمل انه لفقره وحاجته لديون عليه فأذن له في الانتفاع وخلطها بماله ويحتمل انه علم ان ذلك المال لحربي لا أمان له وقد سبقت يده اليه فجعله أحق به لهذا واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه قال رزق ساقه الله اليك ولكن مع هذا أمره بأن يعرف عددها ووكاءها احتياطاً حتى اذا جاء طالب لها محترم تمكن من الخروج مما عليه يدفع مثلها اليه وذكر عن الحسن بن صباح قال وجد رجل لقطة أيام الحاج فسأل عنها عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقال عرفها في الموسم فان جا صاحبها وإلا تصدق بها فان جاء صاحبها فخيره بين الأجر وبين الثمن يعني القيمة فان اختار الثمن فادفع اليه وان اختار الأجر فله الأجر وفى هذا دليل على انه ينبغي للملتقط أن يعرفها فى الموضع الذى أصابها فيه وان يعرفها في مجمع الناس ولهذا أمره بالتعريف فى الموسم وهذا لان المقصود ايصالها الى صاحبها وذلك بالتعريف فى مجمع الناس فى الموضع الذي أصابها حتى يتحدث الناس بذلك بينهم فيصل الخبر الى صاحبها وذكر عن أبي اسحاق عن رجل قال وجدت لقطة حين أنفر عليّ بن أبي طالب رضى الله عنه الناس الى صفين فعرفتها تعريفاً ضعيفاً حتي قدمت على عليّ رضى الله عنه فأخبرته بذلك فضرب يده على صدري وفى رواية قال لى انك لعريض القفا خذ مثلها فاذهب حيث وجدتها فان وجدت صاحبها فادفعها اليه وإلا فتصدق بها فان جاء صاحبها فخيره ان شاء اختار الأجر وان شاء ضمنك ومعنى قوله فعرفتها تعريفاً ضعيفاً أى عرفتها سراً وما أظهرت تعريفها في مجمع الناس فكأنه طمع في أن تبقى له وعرف ذلك منه علي رضى الله عنه حين ضرب يده على صدره وقال ما قال انك سليم القلب تطمع فى مال الغير وهذا من دعابة علي رضى الله عنه وقد كان به دعابة كما قال عمر رضى الله عنه حين ذكر علي رضى الله عنه للخلافة أما انه ان ولى هذا الأمر حمل الناس على محجة بيضاء لولا دعابة به وفيه دليل ان التعريف سراً لا يكفى بل ينبغي للملتقط أن يظهر التعريف كما أمر علي رضى الله عنه الرجل به وانه ينبغي أن يعرفها فى الموضع الذى وجدها لان صاحبها يطلبها في ذلك الموضع وحكي ان بعض العلماء وجد لقطة وكان محتاجاً اليها فقال فى نفسه لا بد من تعرفها ولو عرفتها فى المصر ربما يظهر صاحبها فخرج من المصر حتى انتهى الى رأس بئر فدلى رأسه فى البئر وجعل يقول وجدت كذا فمن سمعتموه ينشد ذلك فدلوه علي وبجنب البئر رجل يرقع شملة وكان صاحب اللقطة فتعلق به حتى

أخذها منه ليعلم أن المقدور كائن لا محالة فلا ينبغي أن يترك ما التزمه شرعاً وهو إظهار التعريف وبعد إظهار التعريف ن جاء صاحبها دفعها اليه لحصول المقصود بالتعريف وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء أمسكها حتى يجئ صاحبها وان شاء تصدق بها لان الحفظ هو العزيمة والتصدق بها بعد التعريف حولا رخصة فيخير بين التمسك بالعزيمة أو الترخص بالرخصة فان تصدق بها ثم جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أجاز الصدقة ويكون له ثوابها وان شاء اختار الضمان واذا اختار الضمان يخير بين تضمين الملتقط وبين تضمين المسكين لان كل واحد منهما فى حقه مكتسب سبب الضمان الملتقط بتمليك ماله من غيره بغير إذنه والمسكين يقبضه لنفسه على طريق التمليك وأيهما ضمنه لم يرجع على الاخر بشئ أما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما يلحقه من الضمان على غيره وأما الملتقط فلانه بالضمان قد ملك وظهر انه تصدق بملك نفسه فله ثوابها ولا رجوع له على المسكين بشئ وان كان الملتقط محتاجاً فله أن يصرفها الى حاجة نفسه بعد التعريف لانه انما يتمكن من التصدق بها على غيره لما فيه من سد خلة المحتاج واتصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود يحصل بصرفها الى نفسه اذا كان محتاجاً فكان له صرفها الى نفسه لهذا المعنى فأما اذا كان غنيا فليس له أن يصرف اللقطة الى نفسه عندنا وقال الشافعي له ذلك على أن يكون ذلك ديناً عليه اذا جاء صاحبها لحديث أبى بن كعب رضى الله عنه كما روينا ولما روى عن على رضى الله عنه انه وجد ديناراً فاشترى به طعاماً بعد التعريف فأكل من ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى وفاطمة والحسن والحسين رضى الله عنهم أجمعين ولو كان سبيله التصدق ولم يكن للملتقط صرفها الى منفعة نفسه لما أكلوا من ذلك فان الصدقة ما كانت تحل لهم والمعنى فيه ان للملتقط أن يصرفها الى نفسه اذا كان محتاجاً بسبب الالتقاط وما يثبت له بسبب الالتقاط يستوي فيه أن يكون غنياً أو فقيراً كالحفظ والتعريف والتصدق به على غيره وهذا لان فى الصرف الى نفسه معنى النظر له ولصاحبها أظهر لانه يتوصل الى منفعته ببدل يكون ديناً عليه لصاحبها اذا حضر فكان منفعة كل واحد في هذا أظهر وحجتنا فى ذلك ما روينا من الآثار الموجبة للتصدق باللقطة بعد التعريف ولأن المقصود اتصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود لا يحصل بصرفها الى نفسه اذا كان غنياً بل يتبين به انه في الأخذ كان عاملا لنفسه ولا يحل له شرعاً أخذ اللقطة لنفسه فكما يلزمه أن يتحرز عن هذه النية فى الابتداء فكذلك

في الانتهاء يلزمه التحرز عن إظهار هذا وقد بينا تأويل حديث أبي فأما حديث عليّ رضى الله عنه فقد قيل ما وجده لم يكن لقطة وانما ألقاها ملك ليأخذه علي رضي الله عنه فقد كانوا لم يصيبوا طعاماً أياماً وعرف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بطريق الوحي فلهذا تناولوا منه على ان الصدقة الواجبة كانت لا تحل لهم وهذا لم يكن من تلك الجملة فلهذا استجاز علي رضى الله عنه الشراء بها لحاجته واذا وجد الرجل اللقطة وهي دراهم أو دنانير فجاء صاحبها وسمى وزنها وعددها ووكاءها وأصاب ذلك كله فان شاء الذي في يده دفعها اليه وان شاء أبي حتى يقيم البينة عندنا وقال مالك يجبر على دفعها اليه لانه لما أصاب العلامات فالوهم الذي سبق الى وهم كل واحد انه صاحبه والاستحقاق بالظاهر يثبت خصوصاً عند عدم المنازع كما يثبت الاستحقاق لذي اليد باعتبار الظاهر يثبت والملتقط غير منازع له لانه لا يدعيها لنفسه ولانه يتعذر على صاحبها إقامة البينة فانه ما أشهد أحداً عند سقوطها منه ولو تمكن من ذلك لما سقطت منه فسقط اشتراط إقامة البينة للتعذر وتقام العلامة مقام ذلك كما يقام شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقام شهادة الرجال ولكنا نقول اصابة العلامة محتمل في نفسه فقد يكون ذلك جزافاً وقد يعرف الانسان ذلك من ملك غيره وقد يسمع من مالكه ينشد ذلك ويذكر علاماته والمحتمل لا يكون حجة للالزام ثم الملتقط أمين ويصير بالدفع الى غير المالك ضامناً فيكون له أن يتحرز عن اكتساب سبب الضمان بأن لا يدفع اليه حتى يقيم البينة فيثبت استحقاقه بحجة حكمية وله أن يتوسع فيدفع اليه باعتبار الظاهر فان دفعها اليه أخذ منه بها كفيلا نظراً منه لنفسه فلعله يأتي مستحقها فيضمنها إياه ولا يتمكن من الرجوع على الآخذ منه لانه يخفي شخصه فيحتاط فيها بأخذ الكفيل منه وان صدقه ودفعها اليه ثم أقام آخر البينة انها له فله أن يضمن الملتقط أما بعد التصديق يؤمر بالدفع اليه لان الاقرار حجة في حق المقر لكن الاقرار لا يعارض بينة الآخر لان البينة حجة متعدية الى الناس كافة فيثبت الاستحقاق بها للذي أقام البينة ويتبين ان الملتقط دفع ملكه الى غيره بغير أمره فله الخيار ان شاء ضمن القابض بقبضه وان شاء ضمن الملتقط بدفعه فان ضمن الملتقط رجع على المدفوع اليه وان صدقه باصابته العلامة فقد كان ذلك منه اعتماداً على الظاهر ولا بقاء له بعد الحكم بخلافه والمقر اذا صار مكذباً في إقراره يسقط اعتبار إقراره كالمشتري اذا أقر بالملك للبائع ثم استحقه انسان من يده رجع على البائع بالثمن والرواية محفوظة في وكيل المودع اذا جاء الى المودع وقال أنا وكيله

في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع اليه إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف وكيل صاحب الدين لان المديون انما يقضي الدين بملك نفسه واقراره في ملك نفسه ملزم فأما المودع يقر له بحق القبض في ملك الغير واقراره في ملك الغير ليس بملزم فعلى هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله في اللقطة كذلك لا يجبر على دفعها اليه وان صدقه ومنهم من فرق فقال هناك الملك لغير الذي حضر ظاهر في الوديعة وهنا ليس في اللقطة ملك ظاهر لغير الذي حضر فينبغي أن يكون اقرار الملتقط ملزماً إياه الدفع اليه ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع فليس له أن يرجع على الوكيل بشيء وهنا للملتقط أن يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره وهنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما يثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بعدما ضمن لهذا يوضحه ان هناك المودع منكر الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فلا حاجة به الى البينة وانما يقضى القاضي على المودع بالضمان باعتبار الأصل وهو عدم الوكالة فلا يصير المودع مكذباً في زعمه حكماً وهنا انما يقضى بالضمان على الملتقط بحجة البينة فيصير هو مكذباً في زعمه حكما فان كانت اللقطة مما لا يبقى اذا أتى عليه يوم أو يومان عرفها حتى اذا خاف أن تفسد تصدق بها لان المقصود من التعريف ايصالها الى صاحبها فتتقيد مدة التعريف بالوقت الذى لا يفسد فيه لان بعد الفساد لا فائدة لصاحبها في ايصالها اليه وقد بينا ان التصدق بها طريق لحفظها على صاحبها من حيث الثواب فيصير الى ذلك اذا خاف أن تفسد العين واذا وجد شاة أو بعيرا أو بقرة أو حماراً فحبسه وعرفه وأنفق عليه ثم جاء صاحبها وأقام البينة أنه له لم يرجع عليه بما أنفق لانه متبرع في الانفاق على ملك الغير بغير أمره إلا أن يكون أنفق بغير أمر القاضي فأما أمر القاضي بمنزلة أمر صاحبها لما للقاضي على صاحبها من ولاية النظر عند عجزه عن النظر بنفسه والامر بالانفاق من النظر لانه لا بقاء للحيوان بدون النفقة عادة فان رفعها الى القاضي وأقام البينة انه التقطها أمره بان ينفق عليها على قدر ما يرى وقد بينا طريق قبول هذه البينة والأمر بالانفاق بعدها في اللقيط ثم انما يأمر بالانفاق نظراً منه لصاحبها فلا يأمر إلا في مدة يتحقق فيها معنى النظر له من يومين أو ثلاثة لانه لو أمر بالانفاق في مدة طويلة ربما يأتي ذلك على

قيمتها فلا يكون فيها نظر لصاحبها فأما فى المدة اليسيرة تقل النفقة ومعنى النظر لحفظ عين ملكه عليه يحصل فان لم يجئ صاحبها باع الشاة ونحوها لان في البيع حفظ المالية عليه بالثمن وله ولاية الحفظ عليه بحسب الامكان فاذا تعذر حفظ العين عليه لعوز النفقة صار الى حفظ المال عليه بالبيع وأما الغلام والدابة فنؤاجره وننفق عليه من أجره لان بهذا الطريق يتوصل الى حفظ عين ملكه والمنفعة لا تبقى له بعد مضى المدة فاجارته والانفاق عليه بمحض نظر له فاذا باعها اعطاه القاضى من ذلك الثمن ما أنفق عليه بأمره في اليومين أو الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب للملتقط على صاحبها وهو معلوم للقاضى فيقضى دينه بماله لان صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكذلك القاضى يعينه على ذلك فان لم يبعها حتى جاء صاحبها وأقام البينة انها له قضى له بها القاضى وقضى عليه بنفقة الملتقط فان قال الملتقط لا أدفعها اليك حتى تعطيني النفقة كان له ذلك لان ملكه فى الدابة حي وبقى تملك النفقة فكانت تلك النفقة متعلقة بمالية الدابة من هذا الوجه فيحبسها كما يحبس البائع المبيع بالثمن ولم يذكر فى الكتاب أن الملتقط اذا لم يقم البينة هل يأمر القاضى بالانفاق أم لا والصحيح انه ينبغي للقاضي أن يقول له ان كنت صادقاً فقد أمرتك بالانفاق عليه لان فى هذا معنى النظر لهما ولا ضرر فيه على أحد فانه ان كان غاصباً للدابة لم يخرج من ضمانه ولا يستوجب الرجوع بالنفقة على مالكها بالأمر لما قيده بكونه صادقاً فيه واذا التقط الرجل لقطة أو وجد دابة ضالة أو أمة أو عبداً أو صبياً حرّاً ضالا فرده على أهله لم يكن فى شئ من ذلك جعل لانه متبرع بمنافعه في الرد ووجوب الجعل لرد الآبق حكم ثبت نصا بخلاف القياس بقول الصحابة رضي الله عنهم فلا يلحق به ماليس في معناه من كل وجه والضال ليس في معنى الآبق فالآبق لا يزال يتباعد من المولى حتى يفوته والضال لا يزال يقرب من صاحبه حتى يجده فلهذا أخذنا فيه بالقياس وان عوضه صاحبه شيئاً فهو حسن لانه يحسن اليه فى احياء ملكه ورده عليه وهل جزاء الاحسان إلا الاحسان ولانه منعم عليه وقال صلى الله عليه وسلم من أزالت اليه نعمة فليشكرها وذلك بالتعويض وأدنى درجات الأمر الندب واذا وجد الرجل بعيراً ضالا أخذه يعرفه ولم يتركه يضيع عندنا وقال مالك رحمه الله تركه أولى للحديث المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن ضالة الغنم فقال هى لك أو لأخيك أو للذئب فلما سئل عن ضالة الابل غضب حتى احمرت وجنتاه وقال مالك

ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعي الشجر حتى يلقاها ربها وتأويله عندنا انه كان في الابتداء . فان الغلبة في ذلك الوقت كان لأهل الصلاح والخير لا تصل اليها يد خائنة اذا تركها واجدها فأما في زماننا لا يأمن واجدها وصول يد خائنة اليها بعده ففي اخذها احياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى من تضييعها كما قررنا في سائر اللقطات واذا باع اللقطة بأمر القاضي لم يكن لصاحبها اذا حضر إلا الثمن كما لو باعها القاضي بنفسه وهذا لان البيع نفذ بولاية شرعية فهو كبيع ينفذ باذن المالك وان كان باعها بغير أمر القاضي فالبيع باطل لحصوله ممن لا ولاية له على المالك بغير أمر معتبر شرعاً ثم ان حضر صاحبها واللقطة قائمة في يد المشتري يخير بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن وبين أن يبطل البيع ويأخذ عين ماله لان البيع كان موقوفاً على اجازته كما لو كان حاضراً حين باعه غيره بغير أمره فان كان قد هلكت اللقطة في يد المشترى فصاحبها بالخيار ان شاء ضمن البائع القيمة لوجود البيع والتسليم منه بغير إذنه وان شاء ضمن المشترى بقبضه ملكه بنفسه بغير رضاه فان ضمن البائع كان الثمن للبائع لانه ملكه بالضمان فينفذ البيع من جهته ولكن يتصدق بما زاد على القيمة من الثمن لانه حصل له بكسب خبيث فان قيل الضمان انما يلزمه بالتسليم والبيع كان سابقاً عليه كيف ينفذ البيع من جهته باداء الضمان قلنا لا كذلك بل كما دفعه ليبيعه بغير أمر القاضي صار ضامناً بمنزلة المودع يبيع الوديعة ثم يضمن قيمتها فان البيع ينفذ من جهته بهذا الطريق وهو انه كما رفعها الى البيع صار ضامناً فيستند ملكه الى تلك الحالة فان ضمن المشترى قيمتها رجع بالثمن على البائع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين فيبطل البيع به وليس له أن يجيز البيع بعد هلاك السلعة لان الاجازة في حقه بمنزلة ابتداء التمليك فلا يصح إلا في حالة بقاء المعقود عليه ولو كان المعقود عليه قائماً في يده وقد قبض الملتقط الثمن وقد هلك في يده ثم أجاز البيع نفذ لقيام المعقود عليه وكان الملتقط أميناً في الثمن لان اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء واذا أخذ عبداً فجاء به الى مولاه فقال هذا عبد آبق فقد وجب لي الجعل عليك وقال مولى العبد بل هو الضال أو قال أنا أرسلته في حاجة لي فالقول قول المولى لان الراد يدعي لنفسه عليه الجعل والمولى ينكر ذلك ولانه يدعي ان ملكه تعيب بالاباق والمولى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه واذا هلكت اللقطة عند الملتقط فهو على ثلاثة أوجه ان كان حين أخذها قال أخذتها لا ردها على مالكها وأشهد على ذلك شاهدين فلا ضمان

عليه لانه مأذون فى أخذها للرد على المالك مندوب الى ذلك شرعاً فكان هذا الأخذ نظير الاخذ باذن المالك فلا يكون سببا للضمان وان كان أخذها لنفسه وأقر بذلك فهو ضامن لها لانه ممنوع من أخذها فكان متعدياً في هذا الأخذ فيكون ضامناً كالغاصب والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد أى ضمان ما أخذ والآخذ مطلقاً من يكون عاملا لنفسه وان لم يكن أشهد عند الالتقاط ولكنه ادعى انه أخذها للرد ويدعى صاحبها انه أخذها لنفسه فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القول قول صاحبها والملتقط ضامن وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول الملتقط مع يمينه لوجهين (أحدهما) ان مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعا قال صلى الله عليه وسلم لاتظنن بكلمة خرجت من في أخيك سوأ وأنت تجد لها فى الخير محملا والذى يحل له شرعاً الأخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعى قائم مقام الاشهاد منه (والثانى) ان صاحبها يدعى عليه سبب الضمان ووجوب القيمة فى ذمته وهو منكر لذلك فالقول قوله كما لو ادعى عليه الغصب وهما يقولان كل حر عامل لنفسه مالم يظهر منه ما يدل على انه عامل لغيره ودليل كونه عاملا لغيره الاشهاد هنا فاذا تركه كان آخذاً لنفسه باعتبار الظاهر هذا اذا وجدها في موضع يتمكن من الاشهاد فان لم يكن متمكناً من الاشهاد لعدم من يشهد أو لخوفه على أن يأخذ منه ذلك ظالم فالقول قوله ولا ضمان عليه والثانى أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب موجب للضمان عليه إلا عند وجود الاذن شرعاً والاذن شرعاً مقيد بشرط الاشهاد عليه والاظهار فاذا ترك ذلك كان أخذه سبباً الضمان عليه شرعاً فلا يصدق فى دعوى المسقط بعد ظهور سبب الضمان كمن أخذ مال الغير وهلك في يده ثم ادعى ان صاحبه أودعه لم يصدق في ذلك إلا بحجة وان قال قد التقطت لقطة أو ضالة أو قال عندى شئ فمن سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على فلما جاء صاحبها قال قد هلكت فهو مصدق على ذلك ولا ضمان عليه لانه أظهرها بما قال وتبين ان أخذها للرد فكان أميناً فيها ولا يضره أن لا يسمى جنسها ولا صفتها فى التعريف لانه انما امتنع من ذلك لتحقيق الحفظ على المالك كيلا يسمع انسان ذلك منه فيدعيها لنفسه ويخاصمه الى قاض يرى الاستحقاق لمصيب العلامة فقد بينا ان فى هذا اختلافاً ظاهراً وما يرجع الى تحقيق الحفظ على المالك لا يكون سبباً للضمان عليه وكذلك لو وجد لقطتين فقال من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على وان لم يقل عندى لقطتان ثم هلكتا

عنده ثم جاء صاحبهما فلا ضمان عليه فيهما لانه أظهرهما بما ذكر من التعريف فاللقطة إسم
جنس يتناول الواحد وما زاد عليه حتى لو قال عندى لقطة برئ من الضمان وان كانت
عنده عشرة لان الاشهاد بهذا اللفظ تم منه في حق كل واحد منهما واذا أخذ الرجل لقطة
ليعرفها ثم أعادها الى المكان الذى وجدها فيه فلا ضمان عليه لصاحبها وان هلكت قبل أن
يصل اليها صاحبها أو استهلكها رجل آخر لان أخذها للتعريف لم يكن سبباً لوجوب
الضمان عليه وكذلك ردها الى مكانها لانه نسخ لفعله فلا يكون سببا لوجوب الضمان عليه
كرد الوديعة الى مالكها ورد المغصوب الى صاحبه ولانه بمجرد الأخذ لا يصير ملتزما
للحفظ فقد يأخذها على ظن انها له بان كان سقط منه مثلها فاذا تأملها وعلم انها ليست
له ردها الى مكانها وقد يأخذها ليعرف صفتها حتى اذا سمع انسانا يطلبها دله عليها وقد
يأخذها ليحفظها على المالك وهو يطمع في أن يتمكن من أداء الأمانة فيها فاذا أحس بنفسه
عجزاً أو طمعا فى ذلك ردها الى مكانها فلهذا لا يضمن شيئا وانما الضمان على المستهلك لها وان
كان الأول أخذها لنفسه ثم أعادها الى مكانها فهو ضامن لها ان هلكت وان استهلكها
غيره فلصاحبها الخيار يضمن أيهما شاء لان أخذها لنفسه سبب موجب للضمان عليه
وبعد ما وجب الضمان لا يبرأ إلا بالرد على المالك كالغاصب واعادتها الى مكانها ليس برد
على المالك فلا يكون مسقطا للضمان عليه وقيل على قول زفر يبرأ عن الضمان لانه نسخ فعله
بما صنع فيسقط عنه حكم ذلك الفعل ونظائر هذه المسئلة ذكرها فى اختلاف زفر ويعقوب قال
اذا كانت دابة فركبها ثم نزل عنها وتركها في مكانها فعلى قول زفر رحمه الله لا ضمان عليه
وعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو ضامن لها وكذلك لو نزع الخاتم من أصبع نائم ثم أعاده
الى أصبعه بعد ما انتبه ثم نام فعند أبي يوسف رحمه الله لا يبرأ عن الضمان وعند زفر يبرأ
عن ضمانه ولو أعاده الى أصبعه قبل أن ينتبه من تلك النومة برأ بالاتفاق فزفر رحمه
الله سوى بينهما باعتبار انه نسخ فعله حين أعاده على الحال الذى أخذه وأبو يوسف رحمه
الله يقول لما انتبه صاحبه وجب عليه رده فى حالة الانتباه فلا يكون نومه بعد ذلك مسقطا
للضمان عليه بخلاف ما اذا رده قبل أن ينتبه وكذلك لو كان ثوبا فلبسه ثم نزعه وأعاده الى
مكانه فهو على هذا الخلاف هذا اذا لبسه كما يلبس ذلك الثوب عادة فأما اذا كان قيصا
فوضعه على عاتقه ثم أعاده الى مكانه فلا ضمان عليه لان هذا حفظ وليس باستعمال فلا يصير

به ضامنا وكذلك الخاتم ان لبسه في الخنصر فهو استعمال يصير به ضامنا اليد اليمنى واليسرى في ذلك سواء لان بعض الناس يلبسون الخاتم في الخنصر من اليد اليمنى للتزين والاستعمال وان لبسه في أصبع آخر لم يكن ضامناً لان المقصود هنا الحفظ دون التزين به وذكر هشام عن محمد رحمهما الله ان لبسه على خاتم في خنصره لم يكن ضامناً لان المقصود هو الحفظ دون التزين به قال هشام رحمه الله فقلت له من السلاطين من يتختم بخاتمين للتزين فقال يكون أحدهما للختم لا للتزين ثم قال حتى أتأمل في هذا والحاصل ان الرجل اذا كان معروفاً بأنه يلبس خاتمين للتزين فهذا يكون استعمالا منه وإلا فهو حفظ وكذلك ان كان سيفا فتقلد به فهذا استعمال وان كان متقلداً سيفاً فكذلك لان المبارز قد يتقلد بسيفين إلا أن يكون متقلداً بسيفين فحينئذ تقلده بهذه القطعة يكون حفظاً ولا يكون استعمالا فلا يصير ضامناً لما قال وكذلك الغاصب اذا رد الدابة الى دار صاحبها لم يبرأ من الضمان حتى يدفعها الى صاحبها بخلاف المستعير فانه ليس بضامن لها فاذا ردها الى دار صاحبها فقد أتى بما هو المعتاد في الرد فلا يكون ضامناً شيئاً فأما الغاصب ضامن لها لحاجته الى رد مسقط الضمان عليه ولا يحصل ذلك ما لم يدفعها الى صاحبها رجل جاء الى دابة مربوطة لرجل فحلها ولم يذهب بها ثم ذهبت الدابة فلا ضمان على الذى حلها وروى عن محمد رحمه الله انه ضامن لها وعلى هذا لو فتح باب القفص فطار الطير أو فتح باب الاصطبل فنفرت الدابة وجه قول محمد ان الذى حل الرباط أو فتح الباب في الحقيقة مزيل المانع موجد شرط الذهاب إلا أن ما هو علة للتلف هنا وهو فعل الطير والدابة ساقط الاعتبار شرعا وفي مثله يحال الاتلاف على صاحب الشرط فيصير ضامنا كحافر البئر في الطريق فانه أوجد شرط السقوط بازالة المسكة عن الأرض فأما العلة ثقل الماشى في نفسه ومشيه في ذلك الموضع ولكن لما تعذر اضافة الاتلاف اليه اذا لم يكن عالما به كان مضافا الى الحافر حتى يكون ضامنا وكذلك من شق زق انسان فسال منه مائع كان فيه فهو ضامن وعمله ازالة المانع فقط فأما علة السيلان كونه مائعا ولكن لما تعذر اضافة الحكم الى ما هو العلة كان مضافا الى الشرط وعلى هذا لو قطع حبل قنديل فسقط فعمل القاطع في ازالة المانع فكان ضامنا لهذا المعنى وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان عمله في ايجاد الشرط كما قال محمد رحمه الله وقد طرأ على ذلك الفعل فعل فاعل معتبر حصل به التلف فيسقط اعتبار ذلك الشرط ويحال بالتلف على هذا

الفعل المعتبر قوله بان فعل الدابة هدر قلنا نعم هو غير معتبر في ايجاب الضمان ولكنه معتبر في نسخ حكم الفعل به ألا ترى ان من أرسل دابته في الطريق فأصابت في سير ارساله مالا أو نفسا كان المرسل ضامنا ولو تيامنت أو تياسرت ثم أصابت شيئا لم يضمن المرسل واعتبر فعلها في نسخ حكم فعل المرسل به فكذلك هنا يعتبر فعلها في نسخ حكم فعل الذي حلها أو فتح باب الاصطبل به وهو نظير من حفر بئرا في الطريق فجاء حربي لا أمان له وألقى فيه غيره لم يضمن الحافر شيئا وفعل الحربي غير معتبر في ايجاب الضمان عليه ثم كان معتبرا في نسخ حكم فعل الحافر به وهذا بخلاف مسئلة الزق والحبل فانه ما طرأ على فعله ما ينسخه حتى اذا كان ما في الزق جامدا ثم ذاب بالشمس فسال لم يضمن الشاق فان قيل كيف يستقيم القول في هذه الفصول بان عمله في اتحاد الشرط والشرط يتأخر عن العلة ولا يسبقها قلنا هذا شرط في معنى السبب فان الحكم يوجد عند وجود الشرط وعند وجود السبب إلا أن السبب يتقدم والشرط يتأخر فهذا التقدم في معنى السبب ولكونه مزيلا للمانع هو شرط كما بينا وعلى هذا لو حل قيد عبد آبق فذهب العبد لم يضمن شيئا لما قلنا قال محمد رحمه الله إلا أن يكون العبد مجنونا فحينئذ يضمن لان فعله في الذهاب غير معتبر شرعا فيبقى الاتلاف مضافا الى ازالة المانع بحل القيد وقال أيضا لو كان هذا المجنون مقيدا في بيت مغلق فحل انسان قيده وفتح آخر الباب فذهب فالضمان على الفاتح لان حل القيد لم يكن ازالة للمانع قبل فتح الباب وإتمام ذلك بالفاتح للباب فهو الضامن وعلى قول الشافعي رضى الله عنه في هذه الفصول ان ذهب في فور فتح الباب أو حل الرباط فهو ضامن وان لم يذهب في فوره ذلك فلا ضمان عليه لانه لما لم يذهب في فوره فقد علمنا ان الباب لم يكن مانعا له وانما ذهب بقصد حدث له وقصد الدابة عنده معتبر واذا ذهب في فوره فقد علمنا ان الباب كان مانعا ومن أزال هذا المانع فهو متعدى فيما صنع فيكون ضامنا واذا كانت اللقطة في يد مسلم فادعاها رجل ووصفها فأبى الذي في يده أن يدفعها اليه إلا ببينة فأقام شاهدين كافرين لم تجز شهادتهما لانها تقوم على المسلم في استحقاق يده عليه وشهادة الكافر ليست بحجة على المسلم وان كانت في يد كافر فكذلك في القياس لانى لا أدرى لعلها ملك المسلم وشهادة الكافر في استحقاق ملك المسلم ليست بحجة ولكن في هذا الاستحسان يقضى له بشهادتهما لانها تقوم لاستحقاق اليد على الملتقط والملتقط كافر وشهادة الكافر حجة على الكافر ثم كما

يتوهم انها لمسلم يتوهم أنها لكافر فتقابل الموهومات مع ان الموهوم لايعارض المعلوم وان كانت في يدي مسلم وكافر لم تجز شهادتهما في القياس على واحد منهما وفي الاستحسان يجوز على الكافر منهما فيقضى له بما في يد الكافر لما قلنا واذا أقر الملتقط بلقطة لرجل وأقام آخر البينة انها له قضيت بها للذي أقام البينة لما قلنا ان البينة حجة في حق الكل والاقرار ليس بحجة في حق الغير والضعيف لا يعارض القوي فان أقر بها لأحدهما أولا ودفعها اليه بغير حكم فاستهلكها ثم أقام آخر البينة فله أن يضمن ان شاء الدافع وان شاء القابض لأنه أثبت ملكه بالحجة وكل واحد منهما متعدي في حقه فان ضمن الدافع لم يرجع على القابض لانه مقر ان القابض أخذ ملك نفسه وانه ليس بضامن شيئاً وإقراره حجة عليه في اسقاط حقه وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع أيضاً لانه في القبض كان عاملا لنفسه وان دفع بقضاء القاضي فله أن يضمن القابض ان شاء لما قلنا وان أراد أن يضمن الدافع فقد قال مرة في آخر هذا الكتاب ليس له أن يضمن الدافع وقال مرة أخرى له أن يضمن الدافع وحيث قال له ان يضمن الدافع فهو قول محمد رحمه الله وما قال ليس له أن يضمن الدافع فهو قول أبي يوسف رحمه الله وأصله مسئلة الوديعة اذا قال هذا العين في يدي لفلان أودعنيه فلان لرجل آخر فان دفعه الى المقر له الأول بغير قضاء القاضي ضمن للمقر له بالوديعة بالاتفاق وان دفعه بقضاء القاضي فكذلك عند محمد لانه باقراره سلط القاضي على القضاء فهو كما لو دل انساناً على سرقة الوديعة وعند أبي يوسف رحمه الله لا ضمان عليه لان باقراره لم يتلف شيئاً على صاحب الوديعة والدفع كان بقضاء القاضي فلا يكون موجبا للضمان عليه فكذلك هنا الملتقط أمين كالمودع فاذا دفع الى المقر له بقضاء القاضي لم يضمن في قول أبي يوسف شيئا لمن يقيم البينة وهو ضامن له في قول محمد والله أعلم

كتاب الاباق

(قال) الشيخ الامام الأجل الزاهد رحمه الله اعلم بان الاباق تمرد في الانطلاق وهو من سوء الأخلاق ورداءة في الاعراق يظهر العبد عن سيده فرار البصير ماله ضمار افراده الى مولاه واعادته الى مثواه إحسان ولمشتاق وانما جزاء الاحسان الا الاحسان فالكتاب لبيان الجزاء المستحق لمراده في الدنيا مع ماله من الاجر في العقبى باغاثة اللهفات ومنع المتعدي

عن العدوان ولهذا بدأ بحديث سعيد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال كنت جالساً عند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فجاء رجل فقال ان فلانا قدم بإباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجراً فقال عبد الله رضي الله عنه وجعلا إن شاء من كل رأس أربعين درهماً . وفي هذا الحديث بيان ان الراد مثاب لان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لم ينكر عليهم اطلاق القول بأنه أصاب أجراً وفيه دليل على انه يستحق الجعل على مولاه وهو استحسان أخذ به علماؤنا رحمهم الله . وفي القياس لا جعل له وهو قول الشافعي رضي الله عنه لانه تبرع بمنافعه في رده علي مولاه ولو تبرع عليه بعين من أعيان ماله لم يستوجب عليه عوضاً بمقابلته فكذلك اذا تبرع بمنافعه ولان رد الآبق نهي عن المنكر لان الإباق منكر والنهي عن المنكر فرض على كل مسلم فلا يستوجب باقامة الفرض جعلا ولكنا تركنا هذا القياس لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم فقد اتفقوا على وجوب الجعل لان ابن مسعود رضي الله عنه قال في مجلسه ما قال وقد اشتهر عنه ذلك لا محالة ولم ينكر عليه أحد من أقرانه وقد عرض قوله عليهم لا محالة والسكوت بعد ذلك عن اظهار الخلاف لا يحل لمن يعتقد خلافه فمن هذا الوجه يثبت الاجماع منهم ثم هم اتفقوا على أصل وجوب الجعل وان اختلفوا في مقداره فقال عمر رضي الله عنه دينار أو اثنا عشر درهماً وقال علي رضي الله عنه دينار أو عشرة دراهم وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه اذا أخذه في المصر فله عشرة دراهم أو دينار وان أخذه في غير المصر فله أربعون درهماً فقد اتفقوا على وجود أصل الجعل وكفى باجماعهم حجة والأصل أن الصحابة رضي الله عنهم متى اختلفوا في شئ فالحق لا يعدوهم وليس لأحد أن يترك جميع أقاويلهم برأيه ولكن يرجح قول البعض على البعض فنحن أخذنا بقولهم في ايجاب أصل الجعل ورجحنا قول ابن مسعود رضي الله عنه في مقداره ﴿فان قيل﴾ كان ينبغي أن يؤخذ بالأقل في المقدار لانه متيقن به ﴿قلنا﴾ انما لم يؤخذ بالأقل لان التوفيق بين أقاويلهم ممكن بأن يحمل قول من أفتى بالأقل علي ما اذا رده مما دون مسيرة سفر وقول من أفتى بالأكثر علي ما اذا رده من مسيرة سفر كما فسره عمار بن ياسر رضي الله عنه فان قوله ان أخذه في المصر كناية عما دون مسيرة سفر وان أخذه خارج المصر كناية عن مسيرة سفر ومتى أمكن التوفيق بين أقاويلهم وجب المصير اليه ثم الأخذ بالأقل انما يكون فيما يقولونه با رائهم ونحن نعلم أنهم ماقالوا هذا بالرأي لانه خلاف القياس ولان نصب

المقادير بالرأى لا يكون ولا طريق لما ثبت عنهم من الفتوى الا الرأى أو السماع ممن ينزل عليه الوحي فاذا انتفى أحدهما هنا تعين الآخر وصار كأن كل واحد منهم روى ما قاله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمثبت للزيادة من الأخبار عند التعارض أولى فلهذا أخذنا بالأكثر هذا هو النهاية في التمسك بالسنة والأخذ بأقاويل الصحابة رضي الله عنهم فقد قامت الشريعة بفتواهم الى آخر الدهر وليس لأحد أن يظن بهم إلا أحسن الوجوه ولكنه بحر عميق لا يقطعه كل سابح ولا يصيبه كل طالب . وليس في هذا الباب شئ من المعنى سوى ما ذكره عن ابراهيم قال كي يرد الناس بعضهم على بعض معناه أن الراد يحتاج الى معالجة ومؤنة في رده وقلما يرغب الناس في التزام ذلك خشية فنى ايجاب الجعل للراد ترغيب له في رده واظهار الشكر في المردود عليه لاحسانه اليه الا ان ابراهيم كان يستحب ذلك ولا يوجبه على ماروى عنه أنه كان يستحب أن يرضخ للذي يجئ بالآبق . ولم نأخذ بقوله في هذا وانما نأخذ بقول شريح والشعبي رحمهما الله فقد قال الشعبي رحمه الله للراد دينار اذا أخذه خارجاً من المصر وقال شريح رحمه الله له أربعون درهماً فنأخذ بذلك ويحمل ما نقل عن الشعبي على ما اذا رده مما دون مسيرة السفر ويستقيم الاحتجاج بقول شريح رحمه الله في هذا ونحوه لان الصحابة رضي الله عنهم قلدوه القضاء وسوغوا له المزاحمة معهم في الفتوى ألا ترى أنه خالف علياً رضي الله عنه في رد شهادة الحسن رضي الله عنه وان مسروقاً رحمه الله خالف ابن عباس رضي الله عنهما في موجب النذر بذبح الولد ورجع ابن عباس رضي الله عنهما الى قوله فعرفنا أن من كان بهذه الصفة فقوله كقول الصحابي * ثم الشافعي استحسن برأيه في هذه المسئلة من وجه فقال لو كان المولى خاطب قوماً فقال من رد منكم عبدى فله كذا فرده أحدهم استوجب ذلك المسمى وهذا شئ يأباه القياس لان العقد مع المجهول لا ينعقد وبدون القبول كذلك ولا شك ان الاستحسان الثابت باتفاق الصحابة رضي الله عنهم خير من الاستحسان الثابت برأى الشافعي رضي الله عنه ولا حجة له في قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير لان ذلك كان خطاباً لغير معين وهو لا يقول به فانه لو قال من رده فله كذا ولم يخاطب به قوماً بأعيانهم فرده أحدهم لا يستحق شيئاً ثم هذا تعليق استحقاق المال بالخطر وهو قمار والقمار حرام في شريعتنا ولم يكن حراماً في شريعة من قبلنا ﴿وان قال﴾ اعتبر قول المالك لاثبات أمره بالرد للذين خاطبهم ثم المأمور من جهة الغير

يرجع عليه بما لحقه من المؤنة في ذلك ﴿قلنا﴾ لو كان هذا معتبراً لرجع عليه بما لحق فيه من المؤنة دون المسمى * ثم الأمر هنا ثابت أيضاً بدون قوله ألا ترى أن العبد الهارب من مولاه مادام بمرأى العين منه ينادي مولاه على أثره خذوه فعرفنا بهذا انه أمر لكل من يقدر على أخذه ورده على أن يرده عليه والأمر الثابت دلالة بمنزلة الأمر الثابت افصاحا. ثم ذكر عن الشعبي في رجل أخذ غلاماً آبقاً فأبق منه قال لا ضمان عليه وذكر بعده عن جرير بن بشير عن أشياخ من قومه قال أخذ مولى للحي آبقاً فأبق منه نحو حي فكتب الى مولاه أن يأتي أهله فيجتعل له منهم ففعل ذلك ثم كتب اليه فأقبل بالعبد فأبق منه فاختصموا الى شريح فضمنه إياه ثم اختصموا الى علي رضي الله عنه فقال يحلف العبد الأحمر للعبد الأسود بالله ما أبق منه ولا ضمان عليه وانما نأخذ بحديث علي رضي الله عنه والشعبي فنقول لا ضمان عليه اذا أخذه للرد على مولاه لانه أخذه باذن مولاه كما بيناه * وفي هذا دليل على ان الراد يستوجب الجعل وكان ذلك أمراً ظاهراً حتى لم يخف على مواليهم حين كتب الآخذ الى مولاه أن يأتي أهله فيجتعل له منهم إلا انه كان من مذهب شريح تضمين الأجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه والمستوجب للجعل بمنزلة الأجير المشترك فلهذا ضمنه وكان من مذهب علي رضي الله عنه انه لا يضمن الاجير المشترك كما ذكر عنه في كتاب الاجارات في إحدى الروايتين ولكن القول قوله مع يمينه وقوله) يحلف العبد الاحمر يريد به الراد سماه أحمر لقوته وقدرته على أخذ الابق وسمى الابق أسود الخبث فعله وهو من دعابة علي رضي الله عنه

قال واذا أتى الرجل بعبد آبق فأخذه السلطان فحبسه فجاء رجل وأقام البينة انه عبده فانه يستحلف بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفع اليه أولا. نقول ينبغي للراد أن يأتي به السلطان بخلاف ما سبق في اللقطة لانه يقدر على حفظها بنفسه ولا يقدر على حفظ الآبق بنفسه عادة فرفعه الى السلطان لهذا ولانه يستوجب التعزير على إباقه فيرفعه الى السلطان ليعزره ويأخذه السلطان منه ليحبسه وذلك نوع تعزير ثم من يدعيه لا يستحقه بدون البينة فاذا أقام البينة فقد أثبت ملكه فيه بالحجة إلا انه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه ولا يعرف الشهود ذلك فيستحلفه على ذلك ﴿فان قيل﴾ كيف يستحلفه وليس هنا خصم يدعي ذلك ﴿قلنا﴾ يستحلفه صيانة لقضاء القاضي والقاضي مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الامكان أو يستحلفه نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له فاذا

حلف دفعه اليه ولا أحب أن يأخذ منه كفيلا وان أخذ منه كفيلا لم يكن مسيئاً ولكن ان لم يأخذ أحب الىّ هذه رواية أبي حفص وفي رواية أبي سليمان قال أحب الىّ أن يأخذ منه كفيلا وان لم يأخذ منه كفيلا وسعه ذلك . من أصحابنا من قال ما ذكر في رواية أبي حفص قول أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى أخذ الكفيل للمجهول كما قال في الجامع الصغير في أخذ الكفيل من الوارث هذا شئ احتاطه بعض القضاة وهو ظلم وما قاله في رواية أبي سليمان رحمه الله قولهما لانهما يجوزان للقاضي أن يحتاط بأخذ الكفيل صيانة لقضاء نفسه أو نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه والأصح ان فيه روايتين وما ذكر في رواية أبي سليمان أقرب الى الاحتياط فربما يظهر مستحق يقيم البينة علي الولادة في ملكه فيكون مقدماً علي من أقام البينة على الملك المطلق أو يقيم البينة على الملك المطلق فيكون مزاحما له أو يقيم البينة على انه اشتراه منه فالمستحب أن يأخذ منه كفيلا لهذا ولكنه موهوم لم يقم عليه دليل فكان في سعة من أن لا يأخذ منه كفيلا . وما ذكر في رواية أبي حفص أقرب الى القياس لان استحقاقه ثابت بما أقام من البينة واستحقاق غيره موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم فلا يستحب للقاضي ترك العمل الا بحجة معلومة لأمر موهوم أرأيت لو لم يعطه كفيلا أو لم يجد كفيلا أكان يمتنع القاضي من القضاء به له وقد أقام البينة ولكنه لو أخذ منه كفيلا فهو فيما صنع محتاط مجتهد فلا يكون مسيئاً وان لم يكن للمدعى بينة وأقر العبد انه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه كفيلا . أما الدفع اليه فلان العبد في يد نفسه وقد أقر بانه مملوك له ولو ادعى أنه حر كان قوله مقبولا فكذلك اذا أقر أنه مملوك له يصح اقراره في حق نفسه لانه لا منازع لهما فيما قالا وخبر المخبر محمول على الصدق مالم يعارضه مثله ولكن يأخذ منه كفيلا لان الدفع اليه بما ليس بحجة على القاضي فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل بخلاف الاول فالدفع هناك ليس بحجة ثابتة في حق القاضي يوضحه أن قول العبد بعد اقراره بالرق في تعيين مالكه غير مقبول ألا ترى انه لو كان في يد رجلين وأقر بالملك لاحدهما لم يصح اقراره وكان بينهما فكذلك لا يصح اقراره في استحقاق اليد الثابتة للقاضي بعد ما أقر برقه فلا بد من أن يأخذ منه كفيلا بحق نفسه حتى اذا حضر مالكه وأراد أن يضمنه يمكن من أخذ الكفيل ليحضره فيخلصه من ذلك فأما اذا أقام البينة فقد أثبت استحقاق اليد على القاضي ولا يلحق القاضي ضمان في الدفع اليه بحجة البينة فلهذا لا يحتاط باخذ الكفيل وان لم يكن للعبد طالب فاذا

طال ذلك باعه الامام وأمسك ثمنه حتى يجيء له طالب ويقيم البينة انه عبده فيدفع اليه الثمن لانه مأمور بالنظر وليس من النظر إمساكه بعد طول المدة لانه محتاج الى النفقة وربما يأتي ثمنه على نفقته ولانه لا يأمن ان يابق منه فكان حفظ ثمنه أيسر عليه من حفظ عينه وأنفع لصاحبه وليس لصاحبه اذا حضر أن ينقض بيع الامام لانه نفذ بولاية شرعية وينفق عليه الامام في مدة حبسه من بيت المال لانه محتاج الى النفقة عاجز عن الكسب اذا كان محبوسا ولو أمره الامام بان يخرج فيكتسب فأبق ثانياً فكان النظر في الانفاق عليه من بيت المال لانه معد للنوائب وهذا من جملة النوائب ثم يأخذ ذلك من صاحبه ان حضر فرده عليه أو من ثمنه ان باعه وقد بينا هذا في نفقة الملتقط بأمر القاضي فكذلك في نفقة الامام من بيت المال على الآبق لان قضاءه في ذلك للمسلمين لا لنفسه فان أقام مدعيه شهودا نصارى لم تجز شهادتهم لان العبد في يد امام المسلمين واستحقاق يد المسلم لا يكون بشهادة النصارى وان أقام بينة من المسلمين وقد باعه الامام فزعم انه كان قد دبره أو كانت جارية فزعم انها كانت أم ولده لم يصدق على فسخ البيع لان البيع نفذ من القاضي بولاية شرعية فكأن المالك باشر بيعه بنفسه ثم ادعى شيئا من ذلك ولا يصدق على فسخ البيع الا أن يكون لها ولد وقد ولدته في ملكه فيدعى انه ولده منها فحينئذ يصدق ويثبت النسب ويفسخ البيع كما لو كان باشر البيع بنفسه وهذا لان ثبوت نسب ولد حصل العلوق به في ملكه بمنزلة البينة فيما يرجع الى ابطال حق الغير ألا ترى ان المريض اذا أقر لجاريته أنها أم ولده ومعها ولد يدعى نسبه كان مصدقاً في ابطال حق الغرماء والورثة عنها بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد فهذا مثله واذا وجد الرجل غلاماً أو جارية آبقاً بالغاً أو غير بالغ فرده الى مولاه فان كان أخذه من مسيرة ثلاثة أيام أو أكثر فله الجعل أربعون درهما ولا يزاد على ذلك وان بعدت المسافة لان تقدير الجعل بأربعين اذا رده من مسيرة سفر ثابت بفتوى ابن مسعود رضي الله عنه والزيادة على القدر الثابت شرعاً بالرأي لا تجوز ولان أدنى مدة السفر معلوم ولا نهاية لما وراء ذلك والحكم لا يتغير به شرعا كسائر الاحكام المتعلقة بالسفر وان أخذه في المصر أو خارجا منه ولكن فيما دون مسيرة سفر في القياس لا شيء له لان التقدير الثابت بالشرع يمنع أن يكون لما دون المقدر حكم المقدر ولان الجعل انما يستحقه راد الآبق وتمام الاباق بمسيرة السفر ففيما دونه هو كالضال ولهذا لا يتعلق شيء من أحكام السفر فيما

دون مسيرة السفر . وفي الاستحسان له الجعل على قدر المكان والعناء لان في مدة السفر وجوب الجعل ليس لعين المدة بل لما يلحق من العناء والتعب في رده وقد وجد بعض ذلك فيستوجب من الجعل بقدره ألا ترى ان المالك لو استأجره بمال معلوم ليرده من مسيرة يوم استحق من المسمى بقدره فكذلك فيما هو ثابت شرعا وان كان أنفق عليه أضعاف مقدار الجعل بغير أمر القاضي فليس له سوى الجعل لانه متبرع فيما أنفق وان مات عنده قبل أن يرده أو أبق منه فان كان أشهد على ذلك حين وجده انه انما أخذه ليرده على صاحبه فلا ضمان عليه وان أقر انه أخذه لنفسه فهو ضامن وان ادعى انه أخذه للرد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف وقد بيناه هذا في اللقطة فكذلك في الآبق لان المعنى يجمعهما وهذا اذا علم انه كان آبقا فان أنكر المولى أن يكون عبده آبقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الآخذ وهو أخذه مال الغير بغير إذنه فهو يدعي مايسقطه وهو الاذن شرعا لكون العبد آبقا ولو ادعى الاذن من المالك له في أخذه وأنكر المالك كان القول قوله فكذلك هنا وعلى هذا لو رده فأنكر المولى أن يكون عبده آبقا فلا جعل له إلا أن يشهد الشهود بانه أبق من مولاه أو ان مولاه أقر بإباقه فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيجب له الجعل واذا أعتقه المولى في إباقه جاز ذلك لان نفوذ هذا التصرف يعتمد الملك دون القدرة على التسليم حتى ينفذ في المرهون والمؤاجر والجنين في البطن والمبيع قبل القبض فكذلك ينفذ في الآبق لان الاباق لا يزيل ملكه وانما يعجزه عن التسليم ولهذا لو باعه لم يجز لان البيع لا يصح إلا فيما هو مقدور التسليم للعاقد وقدرته على التسليم تنعدم بالاباق ولان في بيعه معنى الغرر لانه لا يعلم بقاؤه في الحال حقيقة ولا عوده ليقدر على التسليم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر فالغرر لا يمنع نفوذ العتق والتدبير فلهذا صح منه اذا ظهر أنه كان قائما وقت العتق ولو وهبه لرجل لم يجز لان الهبة لاتتم إلا بالتسليم وهو غير قادر على تسليمه فان وهبه لابن له صغير في عياله فالهبة جائزة واعلامه بمنزلة القبض لانه باق في يد مولاه حكما فيصير قابضا للصغير باليد الحكمي الذي بقي له وحق القبض فيما يوهب للصغير اليه وسواء كان الصغير في عياله أو لم يكن لان الولاية ثابتة له بالابوة فلا تنعدم بكونه في عيال غيره وانما ذكر قوله في عياله على سبيل العادة لا للشرط وانما قلنا انه في يده حكما لان اليد الحكمي كان له باعتبار ملكه فلا ينعدم

الا بالاعتراض يد أخرى على يده وبالاباق لايوجد ذلك وعلى هذا الطريق لا فرق بين أنه يكون متردداً فى دار الاسلام أو في دار الحرب ووجه آخر فيه وهو ان اليد الحكمي باعتبار تمكنه من الأخذ لانه لو قدر عليه وذلك باق ما دام في دار الاسلام بقوة الامام والمسلمين وعلى هذا الطريق لو أبق الى دار الحرب ثم وهبه لابنه الصغير لايجوز كما رواه قاضي الحرمين عن أبي حنيفة رحمه الله لان اليد الحكمي ليس بثابت له في دار الحرب واذا أبق العبد المأذون ثم اشترى وباع لم يجز وقد صار محجوراً عليه استحساناً وفي القياس لا يصير محجوراً عليه وهو قول زفر رحمه الله لان ما به صح اذن المولى وهو قيام ملكه فى رقبته لا ينعدم بالاباق لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فلا ينافى البقاء بطريق الاولى . وجه الاستحسان ان المولى انما يرضى بتصرفه ما دام تحت طاعته ولا يرضى به بعد تمرده وإباقه فإما أن يتقيد الاذن المطلق بما قبل الاباق لدلالة العرف أو يصير محجوراً بعد الاباق لدلالة الحجر فان المولى لو ظفر به أدبه وحجر عليه ودلالة الحجر كالتصريح بالحجر كما ان دلالة الاذن كالتصريح بالاذن ولهذا صح اذن الآبق ابتداء لان الدلالة يسقط اعتبارها عند التصريح بخلافها ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدى انسان يكون إذناً له فى التناول دلالة فان قال لا يأكل بطل حكم ذلك الاذن للتصريح بخلافه ثم المولى لو ظفر به أدبه وحبسه وحجر عليه فهو وان عجز عن تأديبه فالشرع ينوب عنه في الحجر عليه كالمرتد اللاحق بدار الحرب بموته الامام حكما فيقسم ماله بين ورثته لانه لو قدر عليه قتله فاذا عجز عن ذلك جعله الشرع ميتاً حكماً فهذا مثله والحكم في جناية الآبق والجناية عليه وفي حدوده كالحكم فيها في المصر لان الرق فيه باق بعد الاباق وملك المولى قائم فيه وباعتباره يخاطب بالدفع أو الفداء عند قدرته عليه فاذا قامت البينة عليه بالسرقة لم يقطعه الامام حتى يحضر مولاه فاذا حضر قطعه فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يقطعه ولا ينتظر حضور مولاه وكذلك اذا قامت البينة عليه بسائر الاسباب الموجبة للعقوبة من حد أو قصاص فهو على هذا الخلاف . وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان العبد فى الاسباب الموجبة للعقوبة كالحر بدليل انه يصح إقراره بها على نفسه ولا يصح إقرار المولى عليه بذلك وفيما كان هو بمنزلة الحر لا يشترط حضور المولى للقضاء عليه بالبينة كالطلاق وهذا لان التزام العقوبة باعتبار معنى النفسية دون المالية وحق المولى فى ملك المالية فبقى هو في النفسية على أصل الحر

لان العقوبة تثبت عليه بالبينة تارة وبالاقرار تارة ثم فيما يثبت باقراره لا يشترط حضور المولى للاستيفاء فكذلك فيما يثبت بالبينة بل أولى لان البينة حجة متعدية الى الناس كافة والاقرار حجة قاصرة فى حق المقر خاصة . وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان في اقامة الحد عليه تفويت حق المولى فلا يجوز إلا بمحضر منه لان العبد ليس بخصم عنه والقضاء على غير خصم حاضر بتفويت حقه لا يجوز وبيان هذا أن للمولى حق الطعن فى الشهود حتى لو كان حاضراً كان طعنه مسموعا ففى اقامة العقوبة تفويت حق المطعون عليه والدليل عليه ان العبد لو كان كافراً ومولاه مسلماً لم تقبل شهادة الكفار عليه بالاسباب الموجبة للعقوبة ولو لم يكن للمولى حق في هذه البينة لكان لا يعتبر دينه فى ذلك والعبد ليس بخصم عن المولى لانه خصم باعتبار معنى النفسية ولا حق للمولى فى ذلك فلا ينتصب خصما عنه وبه فارق الاقرار فانه ليس للمولى حق الطعن فى اقراره فلا يكون فى اقامة العقوبة عليه بالاقرار تفويت حق المولى ولان وجوب العقوبة عليه باعتبار معنى النفسية ولكن فى الاستيفاء اتلاف مالية المولى والبينة لا توجب شيئاً بدون القضاء والاستيفاء فى العقوبات من تمة القضاء ألا ترى ان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء يجعل كالمقترن بأصل القضاء حتى يمتنع الاستيفاء به فاذا كان تمام قضائه متناولا حق المولى يشترط حضور المولى في ذلك بخلاف الاقرار فانه موجب بنفسه قبل قضاء القاضي وولاية الاستيفاء تثبت بتقرر الوجوب فلا يشترط فيه حضور المولى واذا أخذ العبد الآبق وحبس في بلد فتقدم مولاه الي قاضي بلدته وأقام عليه شاهدين وطلب أن يكتب به الي قاضي البلد الذى هو فيه لم يجبه الي ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو فعل لم ينفذ القاضي المكتوب اليه بذلك الكتاب وعلى قول أبي يوسف يجيبه الى ذلك بطريق يذكره وهو قول ابن أبي ليلى * والحاصل ان كتاب القاضي الي القاضي فى الديون صحيح بالاتفاق وكذلك في العقار لان اعلامها في الدعوي والشهادة تذكر الحدود دون الاشارة الى العين وفى العروض من الدواب والثياب لا يجوز كتاب القاضي الي القاضي بالاتفاق لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين للقضاء بشهادتهم وذلك نعلم في كتاب القاضي الى القاضي فأما فى العبيد والجواري فلا يجوز كتاب القاضي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أيضا وهو القياس لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين ليثبت الاستحقاق بشهادتهم ولهذا لو كان حاضراً فى البلدة لا يسمع الدعوى والشهادة الا بعد

احضاره فلا يجوز فيه كتاب القاضي الي القاضي كما في سائر العروض ولكن استحسن أبو يوسف في العبيد قال العبد قد يأبق من مولاه وقد يرسله مولاه في حاجة من بلد الى بلد فيمتنع من الرجوع اليه ويتعذر علي المولى الجمع بين شهوده وبينه في مجلس القاضي فلولم يقبل فيه كتاب القاضي الى القاضي أدى الى اتلاف أموال الناس فكان قبول البينة بهذه الصفة أرفق بالناس وما كان أرفق بالناس فالأخذ به أولى لان الحرج مدفوع وكان يقول مرة في الجارية أيضاً يقبل كتاب القاضي الى القاضي ثم رجع فقال لا يقبل في الجارية لان باب الفروج مبني علي الاحتياط ولان هذه البلوى تقل في الجوارى فالمولى لا يرسلها من بلد الي بلد عادة والاباق في الجوارى يندر أيضا * ثم بيان مذهبه أن المدعى يقيم عند القاضي شاهدين على حليته وصفته وانه مملوك له فيكتب له بذلك الي قاضي البلد الذى هو فيه محبوس فاذا ثبت الكتاب عند ذلك القاضي بشهادة الشهود عليه وعلى الختم ووافق حلية العبد وصفته مافي الكتاب دفع اليه من غير أن يقضى له بالملك ويختم في عنقه بالرصاص للاعلام ويأخذ من المدعى كفيلا ثم يأتي به المدعي الى البلد الذى فيه شهوده ويكتب معه كتابا الى ذلك القاضي فاذا أتى به الى هذا القاضي أعاد شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه ملكه وحقه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله . وفي الجوارى على قوله الأول لا يدفعها اليه القاضي المكتوب اليه أولا ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لانه لو دفعها اليه لا يمتنع من وطئها وان كان أمينا في نفسه لانه يزعم أنها مملوكته ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا هذا استحسان فيه بعض القبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهراً أو يستغله فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بقضاء القاضي وربما يظهر العبد لغيره اذا جاء به الى القاضي الكاتب فالحلية والصفة تشتبه ألا ترى ان الرجلين المختلفين قد يتفقان في الحلية والصفة أرأيت لو كانت جارية حسناء أكان يبعث بها مع رجل لم يثبت له فيها حق هذا قبيح فلهذا أخذنا بالقياس فان كان القاضي باع العبد الآبق حين طال حبسه وأخذ ثمنه وهلك العبد عند المشترى ثم ادعاه الرجل وأقام البينة ان عبدا اسمه كذا وكذا عبده فوافق ذلك صفة العبد الذى باعه القاضي لم يقبل ذلك ولا يدفع اليه الثمن لان شهوده لم يشهدوا على استحقاق مافي يد القاضي من الثمن انما شهدوا على الاسم والحلية والاسم يوافق الاسم والحلية توافق الحلية الا أن يشهدوا ان العبد

الآبق الذي باعه القاضي من هذا الرجل هو عبد هـذا فحينئذ يقضى له القاضي بالثمن لانه أثبت الملك في ذلك العبد بعينه والبدل انما يملك بملك الاصل وكذلك ان لم يبعه حتى قتل فاقام المدعي البينة أن المقتول عبده فانه يقضى له بالقيمة لان القيمة والثمن كل واحد منهما بدل عن العبد واستحقاق البدل باستحقاق الاصل * رجل أخذ عبدا آبقا فباعه بغير اذن القاضي ثم أقام المولى بينة أنه عبده فانه يسترده من المشتري والبيع باطل لان الآخذ باعه بغير ولاية له فان ولاية تنفيذ البيع له في ملك الغير انما تثبت باذن المولى أو باذن القاضي بعـد ما تثبت الولاية له فاذا باعه بدون اذن القاضي كان البيع باطلا وان كان العبد هلك عنـد المشتري فللمستحق أن يضمن قيمته أيهما شاء لان البـائع متعد في حقه بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض لنفسه فاذا ضمن المشتري قيمته رجع على البائع بالثمن لان المبيع لم يسلم من جهته واسترداد القيمة منه كاسترداد العين وان ضمن البائع قيمته نفذ البيع من جهته لانه ملكه بالضمان فيكون الثمن له ولـكنه يتصدق بما فضـل من القيمة على الثمن لانه ربح حصـل لا على ملكه بكسب خبيث * رجل أقام البينة عند قاض من القضاة بان العبد الذي باعه قاضي بلد كذا من فلان فهو عبده وأخـذ كتابه الى ذلك القاضي الذي باع الآبق فهذا جائز ويدفع ذلك القاضي اليه الثمن اذا ثبت كتاب القاضي عنـده بالبينة لان المدعي بهذه البينة لا يريد أخذ عين العبد فان بيع القاضي قد نفذ فيـه ألا ترى انه لو أقام البينة عنـده دفع اليه الثمن ولم يمكنه من أخذ العبد فعرفنا ان مقصوده اثبات حق أخذ الثمن لنفسه فهذا والبينة التي يقيمها على الدين سواء فلهذا يكتب القاضي له بذلك ويقضي المكتوب اليـه بخلاف ما سبق ﴿فان قيل﴾ الثمن عين في يد ذلك القاضي كالعبد ﴿قلنا﴾ نعم ولـكنه معلوم بذكر مقداره فلا تقع الحاجة الى الاشارة من الشهود الى عينه للاستحقاق بخلاف العبد.

واذا وجد الرجل عبداً أو أمة آبقا وهو يقدر على أخذه فانه يسعه تركه وأحب الي أن يأخذه ليرده على صاحبه ومن العلماء من يقول لا يسعه تركه لان النهي عن المنكر فرض على كل من يقدر عليه ولان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه ولو رأى إنسانا يغرق لم يسعه الا أن يخلصه اذا قدر عليه فكذلك اذا رأى ماله يتوى . ولكنا نقول هو يحتاج في رده الي معالجة ومؤنة فكان في سـعة من أن لا يلتزم ذلك وان كان الأولى أن يلتزمـه ولانه في الترك يعتمد ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا يؤوي الضالة الا ضال وقال ضالة المؤمن حرق النار

وبظاهر الحديث يقول جهال أهل التقشف وحماق أهل التصوف لا يسعه أن يأخذه فلا أقل من أن يسعه الترك لظاهر الحديث (واذا) أخذ عبداً آبقاً فادعاه رجل وأقر له العبد فدفعه اليه بغير أمر القاضي فهلك عنده ثم استحقه آخر ببينة أقامها فله أن يضمن أيهما شاء لكون كل واحد منهما خائناً في حقه فان ضمن الدافع رجع به على القابض لانه أخذ العبد منه لنفسه وقد تبين انه كان غاصبا لا مالكا وللغاصب الاول حق الرجوع على الثاني بما يضمن ولانه لم يسبق اقرار من الدافع للقابض بالملك ولو كان أقر له بذلك فسقط اعتبار اقراره لما صار مكذباً شرعاً فاذا لم يسبق اقراره أولى. وان كان لم يدفع الى الأول حتى شهد شاهدان عنده فدفعه اليه بغير حكم ثم أقام آخر البينة عند القاضي فانه يقضي به لهذا لان البينة الأولى أقامها صاحبها في غير مجلس الحكم فلا تكون معارضة للبينة التي قامت في مجلس الحكم لان وجوب الحكم يختص ببينة تقوم في مجلس القضاء وان أعاد الأول بينته لم ينفعه أيضاً لان اليد في العبد له وبينة ذي اليد في الملك المطلق لا تعارض بينة الخارج وما يكتسبه العبد الآبق بالبيع والشراء و لاجارة وغير ذلك لمولاه لانه مالك لرقبته بعد اباقه واذا لم يكن المكتسب أهلا للملك فمولاه يخلفه في ملك الكسب لملكه رقبته وان أجره الذي أخذه وأخذ أجرته فهو للذي أجره قال لانه في ضمانه وكأنه أشار بهذا الى قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولانه بعقده صير ما ليس بمال مالا فان المنافع لا تأخذ حكم المالية الا بالعقد عندنا كما بينه في الغصب ومن صير ما ليس بمال من ملك الغير مالا بفعله كان ذلك المال له كمن اتخذ كوزاً من تراب غيره وباعه ولكن ينبغي له أن يتصدق به لانه حصل بكسب خبيث وان دفعه الى المولى مع العبد وقال هذا المال غلة عبدك وقد سلمته لك فهو للمولى لانه أخذ بالاحتياط فيما صنع وتحرز عن اختلاف العلماء فان عند الشافعي رضي الله عنه هذا المال للمولى وعندنا هو للأجير ولا يمنعه من تمليك مال نفسه منه طوعاً ثم يحل للمولى أكله استحسانا وفي القياس لا يحل لان حق الفقير أثبت فيه حين وجب التصدق به فلا يملك الآخذ اسقاط حق الفقراء ولكنه استحسن وقال وجوب التصدق به كان لخبث دخل فيه لعدم رضى المولى به فانما يظهر ذلك في حق الآخذ لا في حق المولى بل بالتسليم الى المولى يزول ذلك الخبث فكان له أن يأكله استحسانا لانه كسب عبده وفي القياس لا يجب الاجر لان المستأجر ضامن للعبد باستعماله والأجر مع الضمان لا يجتمعان ولكنه

استحسن فقال العبد غير محجور عن الاكتساب وتحصيل المنافع ألا ترى انه يصح منه قبول الهبة والصدقة فاذا سلم من العمل تمحض ذلك العقد منفعة لانه لو لم يسبق العقد لم يجب على المستعمل له شئ فلهذا أنفذنا ذلك العقد بخلاف ما اذا تلف لانه لو نفذ العقد لم يكن للمولى حق تضمين المستأجر فيتضرر به فاذا ثبت نفوذ العقد عند سلامة العبد كان حق قبض الأجر اليه لانه وجب بعقده بأخذها فيدفعها الى المولى. واباق المكاتب لا يبطل مكاتبته واذنه بخلاف اباق المأذون لان المولى يقدر على أن يحجر على المأذون ولا يستطيع أن يحجر على المكاتب ولان حق المكاتب فى نفسه لازم ولهذا لا يملك المولى بيعه بخلاف المأذون * وحقيقة المعنى ان الاباق لا يتحقق من المكاتب فان له أن يخرج فى الاكتساب الى حيث يشاء وليس للمولى أن يمنعه من ذلك بخلاف المأذون فان للمولى أن يمنعه من الخروج فاذا خرج بغير اذنه كان فعله اباقا وبهذا الطريق لا جعل لراد المكاتب لانه ليس بآبق بخلاف المأذون ولان الراد انما يستوجب الجعل باحيائه مالية الرقبة برده وذلك لا يوجد فى المكاتب فان حق المولى فى بدل الكتابة في ذمته خاصة ولم يصر مشرفا على الهلاك باباقه حتى يكون فى الرد احياؤه بخلاف العبد لان مالية رقبته حق المولى وقد أشرف على التوى باباقه فيكون الراد محيياً له * ويجوز عتق الآبق عن الظهار اذا كان حياً لانه باق على ملك المولى حقيقة فينفذ عتقه فيه على الوجه الذى ينفذ حال كونه في يده ﴿فان قيل﴾ الآبق في حكم المستهلك واعتاق المستهلك حكما عن الظهار لا يجوز كالأعمى ﴿قلنا﴾ المستهلك منه حكما ماليته لاذاته والكفارة انما تتأدى بتحرير مبتدإ وذلك يرجع الى الذات دون المالية فان الله تعالى قال فتحرير رقبة والرقبة اسم للذات حقيقة والذات المرقوق عرفا وليس فى النص تعريض لصفة المالية ولهذا كان قليل القيمة وكثير القيمة في جواز التكفير به سواء بخلاف الأعمى فالمستهلك هناك الذوات حكما لفوات منفعة الجنس منه وبخلاف المدبر وأم الولد فعتقهما ليس بتحرير مبتدإ بل هذا من وجه تعجيل لما استحقاه مؤجلا ويجوز بيع الآبق ممن أخذه لان امتناع جواز بيعه من غيره لعجزه عن التسليم اليه ولا يوجد ذلك هنا لانه بنفس العقد يصير مسلما الى المشترى لقيام يده فيه فلهذا جاز بيعه منه واذا أبق عبد الرهن فرده رجل فى حياة الراهن أو بعد موته فهو رهن على حاله لان ماليته قد أشرفت على التوى بالاباق ثم قد حيي بالرد فهو كما لو أشرف على الهلاك ثم برئ فيكون

رهناً على حاله والمرتهن أحق به من سائر غرماء الراهن بعد موته والجعل على المرتهن ان كان قيمته مثل الدين لان وجوب الجعل للراد باحيائه مالية العبد ومالية حق المرتهن لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن من المالية ألا ترى انه لو لم يرده حتى يتحقق التوى سقط دين المرتهن فعرفنا انه في الرد عمل له فكان الجعل عليه وهو نظير تخليصه من الجناية بالفداء وذلك على المرتهن بقدر المضمون منه فكذلك الجعل وهذا بخلاف النفقة فانه لا بقاء الملك لا لاحياء المالية ألا ترى أن المرتهن اذا امتنع من الانفاق تمكن من رده ويبقى جميع دينه فعرفنا أن النفقة لا بقاء الملك والملك للراهن والجعل لاحياء المالية فيكون على المرتهن ألا ترى ان المالية لو انتقصت بقرحة خرجت به كان دواء ذلك ومعالجته على المرتهن بخلاف النفقة فكذلك جعل الآبق وللذي جاء به أن يمسكه حتى يأخذ الجعل لانه انما يستوجب الجعل باحياء ماليته فكان لما يستوجب تعلقاً بماليته فيحتبس به كما يحبس البائع المبيع بثمنه * وان مات العبد في يده بعد ماقضى القاضي بامساكه فلا ضمان عليه لانه محق في حبسه ولا جعل له لان وجوب الجعل باعتبار احيائه ماليته ولم يتم ذلك حين لم تصل اليه يد مولاه وهو نظير المبيع يتلف في يد البائع فان حقه في الثمن يسقط سواء حبسه أو لم يحبسه فهنا يسقط حقه في الجعل بموته في يده سواء حبسه أو لم يحبسه (عبد) أبق وذهب معه بمال فجاء به رجل فقال لم أجد معه شيئاً فالقول قوله ولا شئ عليه لان وصول يده الى العبد لا يكون دليل وصول المال اليه مالم يعلم كونه في يد العبد حين أخذه والمولى يدعى عليه ذلك وهو منكر كما لو ادعى عليه انه غصبه مالا وأنكره وان اتهمه رب المال فله أن يستحلفه على ذلك وهو منكر كما لو ادعى لانه يدعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله حتى يقام ذلك مقام اقراره * ولو ان أمة أبقت من مولاها فالتحقت بأرض الحرب ثم أصابها المسلمون فاشتراها رجل منهم فوطئها فولدت له ثم جاء مولاها فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها في قول أبي حنيفة وكذلك لو كان الواطئ اشتراها من المشركين وعندهما أم ولد لمن استولدها ولا سبيل لمولاها عليها وهذا بناء على ان الآبق الى دار الحرب لا يملكه المشركون بالأخذ في قول أبي حنيفة لانهم لم يحرزوه لكونه في يد نفسه وهي يد محترمة فاذا لم يملكها المشتري منهم ولا المسلمون بالاستيلاء أيضاً فمن اشتراها فوطئها فهو بمنزلة المغرور لانه في الاستيلاء اعتمد ظاهر الشراء وولد المغرور حر

بالقيمة وللمستحق أن يأخذ الجارية وعقرها وقيمة ولدها وبه قضى عمر وعليّ رضي الله تعالى عنهما وعندهما هم يملكون الابق اليهم بالأخذ فاذا ملكوها ملكها المشترى أيضاً وقد استولدها فكانت أم ولد له ولا حق للمولى فى استردادها والجعل واجب في رد المدبر وأم الولد لانهما مملوكان للمولى يستكسبهما بمنزلة القن ﴿ فان قيل ﴾ فأين ذهب قولكم انه يستوجب الجعل باحياء المالية فى أم الولد خصوصا عند أبى حنيفة ﴿ قلنا ﴾ نعم ليس له فيها مالية باعتبار الرقبة ولكن له مالية باعتبار كسبها بخلاف المكاتب فانه أحق بمكاسبه فلا يكون راده محييا للمولى مالية باعتبار الرقبة ولا باعتبار الكسب فان مات المولى قبل أن يوصلهما الراد اليه فلا جعل له لانهما عتقا بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل وكذلك ان كان على المدبر سعاية بأن لم يكن للمولى مال سواه فرده على الورثة لم يستوجب الجعل لان المستسعى بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة وعندهما هو حر عليه دين ولا جعل لراد المكاتب أو الحر فأما اذا وصلهما الى المولى فقد تقرر حقه في الجعل فلا يسقط بموت المولى وعتقهما بعد ذلك * وان كان الآبق بين رجلين أثلاثا فالجعل بينهما على قدر أنصبائهما وجوبه باعتبار احياء ماليتهما والمالية لصاحب الكثير أكثر منها لصاحب القليل وراد الصغير اذا كان آبقاً يستوجب الجعل كراد الكبير غير انه ان جاء به من مسيرة سفر فله أربعون درهما وان جاء به مما دون ذلك يرضخ له على قدر عنائه وعناؤه فى رد الكبير أكثر منه فى رد الصغير فالرضخ يكون بحسب ذلك * واذا انتهى الرجل بالعبد الآبق الى مولاه فلما نظر اليه أعتقه فالجعل واجب عليه لانه صار قابضا له باعتاقه ألا ترى ان المشترى اذا أعتق المبيع قبل القبض يصير به قابضا وكذلك ان باعه مولاه من الذي أتاه به لانه صار قابضا له لما نفذ تصرفه فيه بالتمليك من غيره ولان سلامة الثمن له باعتبار رد هذا الراد فيكون بمنزلة سلامة العين له . وان سلمه الراد الى مولاه فأبق منه ثم جاء به رجل آخر من مسيرة ثلاثة أيام فعلي الولى جعل تام لكل واحد منهما لان السبب وهو احياء المالية بالرد على المولى قد تقرر من كل واحد منهما بكماله وان كان الأول أدخله المصر ثم أبق منه قبل أن ينتهى به الى مولاه فالجعل للاخر ان جاء به من مسيرة ثلاثة أيام ويرضخ له ان كان دون ذلك ولا شئ للأول لان تمام السبب بايصاله الى المولى والأول ما أوصله الى المولى فانتقض السبب فى حقه باباق العبد منه قبل تمامه بالايصال الى المولى فلا جعل له وأما الثانى فقد

أتم السبب بايصاله الى المولى فيستوجب الجعل بحسب عمله وان أخذه الأول مع الثانى ورداه من مسيرة يوم فللأول نصف الجعل تاماً ويرضخ للثانى علي قدر عنائه لانهما تما السبب بايصاله الى المولى إلا أن الأول قد ضم فعله الثانى الى الفعل الأول وباعتبار هذا الضم يكون راداً له من مسيرة سفر فله نصف الجعل تاماً والثانى اعاده من مسيرة يوم فيجعل في حقه كأنهما رداه من مسيرة يوم فلهذا استحق الرضخ على قدر عنائه وان رداه من مسيرة ثلاث فالجعل بينهما سواء لانهما استويا فى سبب الاستحقاق للجعل وهو الايصال الى المولى بعد الرد من مسيرة ثلاث فيستويان فى استحقاق الجعل ٠وان كان أحد الرادين عبداً محجوراً أو مأذوناً فهو مثل الحر في استحقاق الجعل لان هذا اكتساب للمال والعبد غير محجور عن اكتساب المال بطريق هو محض منفعة فى حق المولى وان كان العبد الآبق لمكاتب أو عبد تاجر فعليهما الجعل للراد لان حقهما فى كسبهما بمنزلة حق الحر فيما يرجع الى ملك التصرف والراد أحيا مالية العبد بالرد لهما فيستوجب الجعل عليهما وكذلك ان كان الآبق لصبي فالجعل فى ماله يؤدى عنه أبوه أو وصيه لان منفعة احياء المالية حصلت له (عبد) جنى جناية ثم أبق فجاء به رجل فالمولى مخير بين الدفع والفداء اذا كان قبل اباقه فان اختار الفداء فالجعل على مولاه لانه طهره عن الجناية باختياره وتبين ان الراد عمل له فى احياء ماليته وان اختار دفعه الى أصحاب الجناية فالجعل على أصحاب الجناية لانه تبين ان الراد أحيا حقهم فان نفس العبد مستحق لهم بالجناية إلا أن يختار المولى الفداء ولهذا لو هلك العبد قبل أن يختار المولى شيئاً بطل حقهم فتبين باختيار الدفع ان الراد أحيا حقهم فيستوجب الجعل عليهم وله أن يحبسه عنهم حتى يستوفي الجعل كما كان له أن يحبسه عن المولى (عبد) أبق الي بعض البلدان فأخذه رجل فاشتراه منه رجل وجاء به فلا جعل له لانه انما رده لنفسه فان المشترى قد يكون قاصداً الي تملك المشتري فيكون هو غاصباً فى حق المولى لا عاملا له وكذلك ان وهبه أو أوصى له أو ورثه فان أشهد حين اشتراه انه انما يشتريه ليرده على صاحبه لانه لا يقدر عليه إلا بالشراء فله الجعل له لانه بهذا الاشهاد أظهر انه يعمل للمولي فى الرد ولكنه الطريق الذى يمكنه فيستوجب ولا يرجع على المولى بما أدى من الثمن قل ذلك أو كثر لانه متبرع فى ذلك كما كان متبرعا فيما ينفق عليه بغير أمر القاضى وكذلك ان كان أبق الي دار الحرب فى حق الراد هو والماخوذ فى دار الاسلام سواء وان

أخذ الأبق رجل فجاء به ليرده على مولاه فوجده قد مات قال له الجعل فى تركته لان وارثه أو وصيه يخلفه بعد موته فالرد عليه كالرد على المولى في حياته واذا استوجب الجعل عليه كان ذلك ديناً فى تركته كسائر الديون فان كان عليه دين يحيط بماله فالراد أحق بامساك العبد حتى يعطى الجعل فان لم يكن له مال غيره بيع العبد ويبدأ بالجعل له من ثمنه ثم يقسم الباقى بين الغرماء لان حق الغرماء فى ماليته انما ثبت من جهة الميت وقد كان الراد أحق به من الميت ما لم يستوف الجعل فكذا يكون هو أحق به من غرماء الميت أيضا فان كان الذى جاء به وارث الميت وقد أخذه وسار به ثلاثة أيام فى حياته وأوصله الي المصرفات المولي قبل أن يرده عليه وليس الوارث الراد في عياله فله الجعل فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا جعل له لأن استحقاق الجعل انما يكون بالايصال الي المالك وكذا لو أبق قبل أن يوصله الى المالك فلا جعل له والايصال هنا لم يوجد قبل الموت وبعد الموت لم يصلح سببا لوجوب الجعل له لانه شريك فيه ومن عمل فى شئ هو فيه شريك لا يستوجب الأجر بالعقد وان شرط ذلك فى العقد فهنا أولى أن لا يستوجب * وجه قولهما ان الراد انما يستحق الجعل بعمله فى الرد وقد تم ذلك فى حياة المورث قبل ان تثبت له الشركة فيه إلا ان ايصاله الي المولى شرط وعند وجوده يستحق الأجر بعمله لا بما هو شرط والشرط يتحقق مع الشركة فى المحل وانما الذى لا يتحقق تسليم العمل الي غيره فيما هو شريك فيه وقد صار العمل هنا مسلما الي المولى باتصاله بملكه وقد وجد الشرط بالرد على ورثته فيستوجب الجعل. يوضحه أنه باحياء المالية يستوجب الجعل وقد تحقق هذا حتى لو كان على الميت دين أو أوصى بوصية ينفذ من ذلك فيكون هذا بمنزلة مالو رده عليه فى حياته ولم يأخذ الجعل منه حتى مات. واذا جاء بالآبق من مسيرة ثلاثة أيام وهو لا يساوى أربعين درهماً فى قول أبى يوسف الأول له الجعل أقل من قيمته بدرهم وهو قول محمد وفي قول أبى يوسف الآخر رحمهما الله له الجعل تاماً * وجه قوله الأول ان وجوب الجعل باعتبار احياء المالية للمولى فلا بد من اعتبار مقدار المالية التى حييت له ثم الراد ماذون من جهة المولي فى ايصال المنفعة اليه لا فى إلحاق الضرر به وايجاب المال لنفسه عليه فاذا كان قيمة العبد درهماً كان فى ايجاب الأربعين على المولي ضرر بين فينبغى أن يوجب له من الجعل بقدر ما يظهر فيه منفعة عمله للمولي وذلك أن ينقص من قيمته درهم لان ما دون الدرهم

من المكسور لايجوز اعتباره شرعا . وجه قوله الآخر أن وجوب الجعل للراد عرف شرعا باتفاق الصحابة وقد قدروه بأربعين درهما من غير أن يعرضوا لقيمة العبد وما ثبت من التقدير شرعا يجب اعتباره وكان عمل الراد هنا فى ايجاب جعل مقدر له بمنزلة عقد باشره مع المولى فكما يستحق هناك جميع المسمى ولا ينظر الى قيمة العبد فكذلك هنا يوضحه ان مالية رقبته وان كانت دون الأربعين فمالية كسبه الذى يحصل للمولى قد تزيد عليه وقد بينا ان ذلك يعتبر لايجاب الجعل ابتداء فلأن يعتبر لتكميل الجعل كان أولى واذا كان على العبد دين فجعله على مولاه اذا أراد ذلك بأن يقضى ما على العبد من الدين وان أبى بيع العبد واستوفى صاحب الجعل جعله وكان ما بقى من الثمن لأصحاب الديون وهذا وما تقدم مما اذا كان على العبد دين جناية سواء لان المستحق هناك الدفع بالجناية وهنا البيع في الدين واذا أخذ الرجل عبد أخيه أو أخته أو عبد أبيه أو ابنه أو عبد امرأته أو امرأة أخذت عبد زوجها فالقياس فى جميع ذلك واحد أن يكون له الجعل اذا لم يكن في عياله لان ملك أحدهما منفصل عن ملك الآخر فيتحقق منه احياء المالية على المالك بالرد فيستوجب الجعل كسائر الأجانب ولكنه استحسن فقال اذا وجد عبد أبيه وهو فى عياله فلا جعل له لان رد الآبق على أبيه من جملة خدمته وخدمة الأب مستحق على الابن دينا وان لم تكن مستحقاً عليه دينًا ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لم يستوجب الأجر سواء كان فى عياله أو لم يكن فكذلك لا يستوجب الجعل برد آبقه وكذلك المرأة مع الزوج لان كل واحد منهما له بسوطة اليد في مال صاحبه ويعد خيره خير نفسه ولان خدمة الزوج مستحق على المرأة دينًا حتى لا يستأجرها على ذلك والزوج هو الذى يطلب آبق امرأته عادة . فأما اذا وجد عبد ابنه فان كان فى عيال ابنه فلا جعل له لان آبق الرجل انما يطلبه من في عياله عادة ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلا آخر وان لم يكن الأب فى عيال الابن فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحق على الأب دينا ولا هو سائغ له شرعا ولهذا لو استأجر أباه ليخدمه فخدمه استوجب الأجر عليه فكذلك يستوجب الجعل وكذلك الاخ له الجعل اذا لم يكن في عيال أخيه وان كان فى عياله فلا جعل له لانه انما يعوله وينفق عليه لهذا ونحوه واذا أبق عبد اليتيم فجاء به الوصى فلا جعل له لانه هو الذى يطلب آبق اليتيم عادة وهو الذى يمسك عبده فلا يكون له الرد على نفسه وكذلك ان كان اليتيم في حجر رجل

يموله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذي يطلبه عادة واذا صالح الذى جاء بالآبق مولاه من الجعل على عشرين درهما جاز لانه يجوز بدون حقه وأحسن اليه بحط بعض ما استوجبه عليه وان صالحه على خمسين درهما وهو لا يعلم ان الجعل أربعون درهما جاز منه أربعون ويطرح الفضل لان حقه مقدر بالأربعين شرعا فالزيادة على ذلك تكون ربا وهو نظير مالو صالح الشريك المعتق شريكه على أكثر من قيمة نصيبه كان الفضل باطلا لما بيناه. واذا أبقت الأمة ولها صبي رضيع فردهما رجل فله جعل واحد لان الاباق من الرضيع لا يتحقق فانما رد آبقا واحداً وهي الأمة وان كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله جعلان ثمانون درهما لان الاباق تحقق منهما فانما أحيا مالية مملوكين بالرد فيستوجب جعلا كاملا باعتبار كل واحد منهما. واذا رجع الواهب فى الهبة بعد مارد العبد من اباقه وسلمه الى الموهوب له فله الجعل على الموهوب له لانه أحيا المالية له بالرد والايصال اليه فزوال ملكه بعد ذلك برجوع الواهب كزوال ملكه بموت العبد ولو مات لم يبطل حق الراد فى الجعل فكذلك اذا رجع فيه الواهب والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب المفقود

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى إملاء. المفقود اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله وأهله فى طلبه يجدون ولخفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجد ربما يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم التناد * والاسم فى اللغة من الاضداد يقول الرجل فقدت الشئ أى أضللته وفقدته أى طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم فى طلبه * وحكمه في الشرع انه حي فى حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث هو اذا مات أحد من أقربائه لان ثبوت حياته باستصحاب الحال فانه علم حياته فيستصحب ذلك مالم يظهر خلافه واستصحاب الحال معتبر في ابقاء ما كان على ما كان غير معتبر فى اثبات مالم يكن ثابتا وفى الامتناع من قسمة ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفى توريثه من الغير اثبات أمر لم يكن ثابتا له ولان حياته باعتبار الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق وليس بحجة

الاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويندفع به استحقاق ورثته لماله بهذا الظاهر ولهذا
لا تتزوج امرأته عندنا وهو مذهب علي رضي الله تعالى عنه كما بدأ به الكتاب من قوله
في امرأة المفقود انها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق وبه كان يأخذ
ابراهيم كما قال ﴿ قد سمعنا ان امرأته تتربص أربع سنين وليس ذلك بشيء هي امرأة
ابتليت فلتصبر ﴾ وتربص أربع سنين كان يقول به عمر رضي الله تعالى عنه في الابتداء ثم
رجع الى قول عليّ رضي الله عنه ومالك كان يأخذ بقول عمر رضي الله عنه فيقول الظاهر
أنه يوقف على خبره بعد هذه المدة أن لو كان حياً والبناء على الظاهر واجب فيما لا يوقف
على حقيقته خصوصاً اذا وقعت الحاجة الى دفع الضرر عنها وقد مست الحاجة الى دفع
الضرر عنها لكيلا تبقى معلقة ألا ترى أنه يفرق بين العنين وامرأته بعد مضي سنة لدفع
الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر
من عذر المولى والعنين فيعتبر في حقه المدتان في التربص وذلك بأن تجعل الشهور سنين
فلهذا تتربص . ولا نأخذ بهذا لان نكاحه حقه وهي حيّ في ابقاء ملكه وحقه عليه ولو مكنا
زوجته من ان تتزوج كان فيه حكم بالموت ضرورة اذ المرأة لا تحل لزوجين في حالة
واحدة فيجب قسمة ماله أيضاً وذلك ممتنع مالم يقم على موته دليل موجب له . والتقدير
بالمدة في حق المولى والعنين لدفع ظلم التعليق ولا يتحقق معنى الظلم من المفقود فقلنا انها
امرأة ابتليت فلتصبر ولو شاء الله تعالى لابتلاها بأشد من هذا . فاذا لم يظهر خبره فظاهر
المذهب انه اذا لم يبق أحد من أقرانه حياً فانه يحكم بموته لان ماتقع الحاجة الى معرفته
فطريقه في الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع
أقرانه نادر وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر * وكان الحسن بن زياد رحمه
الله يقول اذا تم مائة وعشرون سنة من مولده يحكم بموته وهذا يرجع الى قول أهل الطبائع
والنجوم فانهم يقولون لايجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة لان اجتماع التحسين
يحصل للطباع الأربع في هذه المدة ولا بد من أن يضاد واحد من ذلك طبعه في هذه المدة
فيموت ولكن خطأهم في هذا قد تبين للمسلمين بالنصوص الواردة في طول عمر بعض
من كان قبلنا كنوح صلوات الله وسلامه عليه وغيره فلا يعتمد على هذا القول . وعن أبي
يوسف رحمه الله قال اذا مضى مائة سنة من مولده يحكم بموته لان الظاهر ان أحداً في زماننا

لا يعيش أكثر من مائة سنة * وحكى انه لما سئل عن معنى هذا قال أبينه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان ابن عشر سنين يدور حول أبويه هكذا وعقد عشرا فان كان ابن عشرين سنة فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فان كان ابن ثلاثين سنة يستوى هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن أربعين تحمل عليه الأثقال هكذا وعقد أربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثر الأثقال والاشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقى هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين تنضم امعاؤه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة سنة يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى * وهذا يحمل من أبي يوسف على طريق المطايبة إلا أن يكون يعرف الحكم بمثل هذا وهو كما نقل عن أبي يوسف رحمه الله أنه سئل عن بنات العشر من النساء فقال لهو اللاهين فسئل عن بنات العشرين فقال لذة المعانقين فسئل عن بنات الثلاثين فقال تموا وتلين وسئل عن بنات الأربعين فقال ذات مال وبنين فسئل عن بنات الخمسين فقال عجوز فى الغابرين وسئل عن بنات الستين فقال لعنة اللاعنين . وكان محمد ابن سلمة يفتى في المفقود بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه فى نفسه فانه عاش مائة سنة وسبع سنين . فالأليق بطريق الفقه أن لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا نص فيه ولكن نقول اذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتباراً لحاله بحال نظائره ﴿وذكر﴾ عن عبد الرحمن بن أبي ليلى رحمهما الله قال لقيت المفقود نفسه فحدثني حديثه قال أكلت حريراً في أهلي ثم خرجت فأخذني نفر من الجن فمكثت فيهم ثم بدا لهم فى عتقى فأعتقوني ثم أتوا بي قريباً من المدينة فقالوا أتعرف النخل فقلت نعم فخلوا عنى فجئت فاذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد أبان امرأتى بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرنى عمر رضى الله عنه بين أن يردها علي وبين المهر . وأهل الحديث رحمهم الله يرون في هذا الحديث انه هم بتأديبه حين رآه وجعل يقول يغيب أحدكم عن زوجته هذه المدة الطويلة ولا يبعث بخبره فقال لا تعجل يا أمير المؤمنين وذكر له قصته * وفى هذا الحديث دليل لمذهب أهل السنة والجماعة رحمهم الله فى ان الجن قد يتسلطون على بنى آدم وأهل الزيغ ينكرون ذلك على اختلاف بينهم . فمنهم من يقول المستنكر دخولهم

في الآدمي لان اجتماع الروحين في شخص لا يتحقق وقد يتصور تسلطهم على الادمي من غير أن يدخلوا فيه . ومنهم من قال هم أجسام لطيفة فلا يتصور أن يحملوا جسما كثيفاً من موضع الى موضع ولكنا نقول نأخذ بما وردت به الآثار قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الشيطان يجرى من ابن آدم مجرى الدم وقال صلى الله عليه وسلم انه يدخل في رأس الانسان فيكون على قافية رأسه حديث فيه طول وهذا الحديث دليل لنا أيضاً فنتبع الآثار ولا نشتغل بكيفية ذلك. وكأن عمر رضى الله عنه انما رجع عن قوله فى امرأة المفقود لما تبين من حال هذا الرجل. وأما تخييره إياه بين أن يردها عليه وبين المهر فهو بناء على مذهب عمر رضى الله عنه في المرأة اذا نعى اليها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم أتى الزوج الأول حياً انه يخير بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه عنه الى قول علىّ رضى الله عنه فانه كان يقول ترد الى زوجها الأول ويفرق بينها وبين الآخر ولها المهر بما استحل من فرجها ولا يقربها الأول حتى تنقضى عدتها من الآخر وبهذا كان يأخذ ابراهيم رحمه الله فيقول قول علىّ رضى الله عنه أحب الىّ من قول عمر رضى الله عنه وبه نأخذ أيضاً لانه تبين انها تزوجت وهى منكوحة ومنكوحة الغير ليست من المحللات بل هى من المحرمات فى حق سائر الناس كما قال الله تعالى والمحصنات من النساء فكيف يستقيم تركها مع الثانى . واذا اختار الأول المهر لكن يكون النكاح منعقداً بينهما فكيف يستقيم دفع المهر الى الأول وهو بدل بضعها فيكون مملوكا لها دون زوجها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فعرفنا ان الصحيح انها زوجة الأول ولكن لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمنكوحة اذا وطئت بالشبهة. وذكر عن عبد الرحمن بن أبى ليلى رحمه الله ان عمر رضى الله عنه رجع عن ثلاث قضيات الى قول علىّ رضى الله عنه عن امرأة أبى كنف والمفقود زوجها والمرأة التى تزوجت فى عدتها . أما حكم المفقود والمعتدة فقد بيناه. وأما حديث أبى كنف فهو ما رواه ابراهيم ان أبا كنف طلق امرأته فأعلمها وراجعها قبل انقضاء العدة ولم يعلمها فجاء وقد تزوجت فأتى عمر رضى الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان وجدتها لم يدخل بها فأنت أحق بها وان كان قد دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم ان لى اليها حاجة فخلوا بينى وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الأمير بكتاب عمر رضى الله عنه فعرفوا انه جاء بأمر بين وهذا كان مذهب عمر رضى الله عنه

في الابتداء انه اذا راجعها ولم يعلمها لا يثبت حكم الرجعة فى حقها مالم تعلم حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثانى لم يبق للأول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع الى قول علىّ رضى الله عنه أن مراجعته إياها صحيح بغير علمها وهي منكوحة سواء دخل بها الثانى أو لم يدخل لأن الزوج يستبد بالرجعة كما يستبد بالطلاق فكما يصح إيقاع الطلاق عليها وان لم تعلم به فكذلك رجعتها لقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وانما يكون أحق اذا كان يستبد به . والرجعة إمساك بالنص كما قال الله تعالى فإمساك بمعروف والمالك ينفرد بامساك ملكه من غير أن يحتاج الى علم غيره قال ﴿واذا فقد الرجل فارتفع ورثته الى القاضى وأقروا انه فقد وسألوا قسمة ماله فانه لا يقسم حتى تقوم البينة على موته﴾ لما بينا انه حى فى حق نفسه ومال الحى لا يقسم بين ورثته فما لم يثبت موته بالبينة عند القاضى لا يشتغل بقسمة ماله ﴿فان قيل﴾ كيف تقبل البينة للقضاء بها على الغائب ﴿قلنا﴾ بأن يجعل من فى يده المال خصما عنه أو ينصب عنه قيما فى هذه الولاية واذا قامت البينة علي من ينصبه القاضي فيما قضى بموته ﴿فان قيل﴾ كان ينبغى أن يجعله ميتاً حكماً لانقطاع خبره فيقسم ماله وان لم تقم البينة على موته كالمرتد اللاحق بدار الحرب ﴿قلنا﴾ هناك ظهر دليل الحكم بموته وهو انه صار حربيا وأهل الحرب فى حق من هو فى دار الاسلام كالميت ولم يظهر هنا دليل موجب لموته حقيقة ولا حكماً ولان هناك لو ظفر به الامام موته حقيقة بان يقتله فاذا عجز عن ذلك بدخوله دار الحرب موته حكماً فقسم ماله ولا يتحقق ذلك المعنى هنا قال ﴿وتفسير المفقود الرجل يخرج فى سفر ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه ولا يأسره العدوّ ولا يستبين موته ولا قتله﴾ فهذا مفقود لا يقضى القاضى فى شئ من أمره حتى تقوم البينة أنه مات أو قتل ومن كان من ورثة المفقود غنياً فلا نفقة له فى ماله ما خلا الزوجة لان حياته معلوم ولا يستحق أحد من الأغنياء النفقة فى مال الحى سوى الزوجة لان استحقاق الزوجة بالعقد فلا يختلف باليسار والعسرة أو بكونها محبوسة بحقه وذلك موجود في حق المفقود فأما استحقاق من سواها فباعتبار الحاجة وذلك ينعدم بغنى المستحق فان كانت له غلة جعل القاضى فيها من يحفظها لانه ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عن النظر لنفسه فينصب القاضى فى غلاته من يجمعها ويحفظها عليه وما كان يخاف عليه الفساد من متاعه فان القاضى يبيعه لان حفظ عينه عليه متعذر فيصير الى حفظ

ماليته عليه وذلك يكون بالبيع وينفق على زوجته وأولاده الصغار أو الكبار من الاناث أو الزمنى من الذكور من ماله بالمعروف وهذا اذا كان السبب معلوماً عنده لانه لو كان حاضراً قضى بالنفقة لهم عليه بعلمه فان كان غائباً يقضى بذلك لهم فى ماله أيضاً وقيل هذا لا يكون منه قضاء على الغائب على الحقيقة بل يكون تمكيناً للمستحق من أخذ حقه ولو تمكنوا من ذلك كان لهم أن يأخذوه فيعينهم القاضى على ذلك. والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان رضى الله عنه خذى من مال أبى سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف . وقيل بل هو قضاء منه وللقاضى ولاية القضاء على الغائب بعلمه كما اذا أقر بين يديه ثم غاب. ثم هذا نظر منه للغائب لان ملك النكاح حقه في زوجته ولا يبقى بدون النفقة فكان له أن ينفق عليها من ماله حفظاً لملكه عليه وكذلك ولده جزء منه فينفق عليه من ماله حفظا لنسله. وللقاضي ولاية فى ماله فيما يرجع الى الحفظ والنظر وان استوثق منهم بكفيل فحسن وان لم يأخذ منهم كفيلا فهو مستقيم أيضا إلا أن الأحوط أن يأخذ الكفيل لجواز أن يكون فارقها قبل أن يفقد أو كان عجل لها النفقة لمدة فكان تمام النظر فى الاستيثاق بالكفيل وهذا قولهم جميعا لان هذه كفالة للمفقود وهو معلوم ولكن لا يجب على القاضى أخذ الكفيل من غير خصم يطالب ذلك وليس هنا خصم طالب فلهذا يسعه أن لا يأخذ كفيلا ولم ينفق من ماله على غير من سمينا من ذى الرحم المحرم لان وجوب النفقة عليه لهم لا يكون إلا بعد قضاء القاضى والقاضى لا يقضى على الغائب ولان ولايته فيما يرجع الى النظر للمفقود وذلك لا يوجد فى حق ذى الرحم المحرم ولا يبيع شيئا مما لا يخاف عليه الفساد من ماله في نفقة ولا غيرها لان ولاية البيع للنظر له وحفظ العين فيما يتأتى حفظه نظرله فلا يبيع شيئامن ذلك وهو فى الانفاق على من سميناهم معين لهم على أخذ حقهم وانما يثبت لهم حق الأخذ اذا ظفروا بجنس حقهم ولا يكون لهم أن يبيعوا عروضا ولا غيرها فكذلك القاضى لا يبيع شيئا من ذلك فان لم يكن له مال إلا دار واحتاج زوجته وولده الى النفقة لم يبع لهم الدار وكذلك لو كان له خادم لان هذا مما لا يخاف عليه الفساد من ملكه فلا يكون بيعه محض الحفظ عليه فلهذا لا يبيعه بخلاف مايخاف فساده * وهذا بخلاف الوصى في حق الوارث الكبير الغائب فان له أن يبيع العروض لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حقه

وربما يكون حفظ الثمن للاتصال الى ورثته أيسر من حفظ العين وهنا لاولاية للقاضي على المفقود إلا في الحفظ فقط وحفظ عين ملكه عند الامكان أنفع له فلهذا لا يبيع شيئا من العروض وقال أبو حنيفة رحمه الله إن كان له أب محتاج فلابنه أن يبيع شيئا من ماله من العروض وينفق على نفسه وليس له أن يبيع العقار وهو استحسان وفي القياس له أن يبيع العروض وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله وذكر الكرخي أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في الأمالي وقال هو حسن * ووجه القياس أنه لا ولاية للأب في مال ولده الكبير ونفوذ البيع يعتمد الولاية ألا ترى انه لا يبيع عقاره لهذا ولا يبيع عروضه اذا كان حاضراً والحاضر والغائب في حكم الولاية للأب عليه سواء ألا ترى انه لما ثبت له ولاية التملك بالاستيلاد لم يفترق الحال بين حضور الولد وغيبته . ووجه الاستحسان أن ولاية الأب وان زالت بالبلوغ فقد بقي أثرها حتى يصح منه استيلاد جارية الابن لحاجته الى ذلك وحاجته الى النفقة لبقاء نفسه حاجته الى الاستيلاد لبقاء نسله ولهذا تملك هناك بضمان القيمة وينفق على نفسه من ماله بغير ضمان واذا ثبت بقاء أثر ولايته كان حاله كحال الوصي في حق لوارث الكبير الغائب وهناك ثبت له حق بيع العروض دون بيع العقار لان بيع العروض من الحفظ وبيع العقار ليس من الحفظ فان العقارات محصنة بنفسها ولهذا لا يبيع حال حضوره لان بيعه في هذه الحالة ليس من الحفظ فان الابن حافظ لماله كما لا يبيع الوصي عروض الولد الكبير الحاضر ولا يبعد زوال ولاية الأب بالبلوغ مع بقاء أثره كما لو مات وأوصى الى رجل زالت ولايته بالموت وبقي أثره ببقاء الوصي فان كان للمفقود دنانير أو دراهم أو ذهب أو فضة تبراً أنفق عليهم من ذلك وكذلك كل ما كان يخاف عليه الفساد من غلته ومتاعه فان القاضي يبيع ذلك وينفق عليهم منه وان باعته زوجته أو الولد فبيعهما باطل لان البيع من الحفظ وليس من استيفاء النفقة في شيء واليهما حق استيفاء النفقة دون الحفظ وأما القاضي فله حق الحفظ في مال المفقود وبيع ما يخاف عليه الفساد من الحفظ وبعد البيع الثمن من جنس حقهم فينفق عليهم منه وكذلك الوديعة تكون له عند الرجل فانه ينفق منها عليهم اذا كان الرجل مقراً بالوديعة والزوجية أو يكون ذلك معلوماً للقاضي عندنا . وقال زفر رحمه الله لا ينفق منها عليهم لان اقرار المودع ليس بحجة على الغيب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع

مقر بأن في يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار يده فيتعدي القضاء منه الى المفقود. وكذلك الدين يكون للمفقود على رجل وهو مقر به فهو والوديعة سواء والكلام فى الدين أظهر لان اقرار المديون يلاقى ملك نفسه فان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها . والجواب فى الفصلين جميعاً استحسان اذا كان مقراً بالنسب والمال فان كان جاحداً لاحدهما لم تسمع البينة عليه من طالب النفقة لانه اذا كان جاحداً للمال فطالب النفقة لا يثبت الملك فى المال لنفسه انما يثبته للمفقود حتى اذا ثبت ذلك ترتب عليه وهو ليس بخصم عن المفقود وان كان منكرا للزوجية فانما يثبت النكاح على المفقود المودع والمديون ليس بخصم عنه في اثبات النكاح عليه . وان كانت الزوجية والمالية معلومين للقاضي فعلم القاضي بذلك أقوى من اقرار المودع والمديون وان أعطاهما المديون بغير أمر القاضي لم يبرأ عن الضمان وكذلك ان أعطاهما المودع من الوديعة فهو ضامن لانه دفع مال الغير الى الغير بغير اذنه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضي فان أمر القاضي في حق المفقود معتبر فيما يرجع الى حفظ ملكه وقد بينا أن الانفاق على الزوجة والولد من حفظ ملكه وحقه عليه فيكون أمر القاضي فيه كأمر المفقود وان طلبت زوجته وولده من القاضي ان ينصب وكيلا يتقاضى دينه ويجمع غلاته ويؤاجر رقيقه فعلى القاضي ذلك نظرا منه للحاضر والغائب جميعا للغائب بحفظ ماله وجمعه وللحاضر بوصوله الى حقه وهي النفقة وكان للوكيل أن يتقاضي ويقبض ويخاصم من يجحد حقا من عقد يجرى بينه وبين الوكيل لان ماوجب بعقده فهو أحق بقبضه ألا ترى انه لو ظهر المفقود كان حق القبض فى هذا المال للوكيل الذي باشر سببه فأما كل دين كان المفقود تولاه أو نصيب من عقار أو عرض في يدى رجل أو حق من الحقوق فان الوكيل لا يخاصم فيه من جحده لانه ليس بخصم عن المفقود انما هو حافظ لماله فقط وحفظه يتحقق فيما وصلت يده اليه فأما الخصومة واقامة البينة فيما لم يكن فى يده قط ليس من الحفظ فيكون الوكيل كاجنبي آخر الا ان يكون القاضي قد ولاه ذلك ورآه وانفذ الخصومة بينهم فيه فيجوز حينئذ لانه مما اختلف فيه القضاة يعني بهذا القضاء على الغائب بالبينة فانه مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله فينفذ قضاء القاضي فيه وكذلك ان مات غريم من غرمائه وقد أقر له بدينه في وصيته عزلت حق المفقود من ذلك وجعلته على يدى وكيله

لان ذلك من الحفظ. وان لم يكن أوصى به وعليه ديون لغيرهم لم يكن لورثة المفقود ووكيله في ذلك خصومة الا أن يراه القاضي فيقضي به فحينئذ ينفذ قضاؤه لكونه مجتهدا فيه ﴿ فان قيل ﴾ المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في قذف ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا فاذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف * وان ادعى إنسان على المفقود حقا من دين أو وديعة أو شركة في عقار أو رقيق أو طلاق أو عتاق أو نكاح أو رد بعيب أو مطالبة باستحقاق لم يلتفت الى دعواه ولم تقبل منه البينة ولم يكن هذا الوكيل ولا أحد من ورثته خصما له . أما الوكيل فلأنه نصب للحفظ فقط وأما الورثة فلأنهم يخلفونه بعد موته ولم يظهر موته فان رأى القاضي سماع البينة وحكم بذلك نفذ حكمه لما بينا انه امضى فصلا مختلفا فيه باجتهاده * واذا رجع المفقود حياً لم يرجع في شيء مما انفق القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وولده من ماله وغلته وديته لان القاضي لما ثبت له ولاية الانفاق كان فعله كفعل المفقود بنفسه وكذلك ما أنفقوا هم على أنفسهم من دنانير أو دراهم في وقت حاجتهم الى النفقة لما بينا أنهم اذا ظفروا بجنس حقهم وسعهم أخذه بالمعروف فلا يضمنون شيئاً من ذلك وكذلك ان كان في ماله طعام فأكلوه لان ذلك من جنس حقهم وكذلك ان كان في ماله ثياب فلبسوها للكسوة لان ذلك من جنس حقهم فأما ماسوى ذلك من العروض ان باعوا شيئا منه كانوا ضامنين له ألا ترى ان القاضي لا يبيع شيئا من ذلك للانفاق عليهم فكذلك لا يملكون بيعه وانما لا يبيع القاضي مالا يخاف عليه الفساد في النفقة لان في بيع ذلك في النفقة حجرا على الغائب وأبو حنيفة لا يرى الحجر عليه وهما وان كانا يريان الحجر على من لزمه حق فذلك عند ظهور تعنته وامتناعه وبهذا الطريق يقول لا يقضي القاضي دين المفقود من ماله وكذلك مهر امرأته والنفقات المجتمعة عليه قبل أن يفقد لان ذلك لا يرجع الى حفظ ملكه بل فيه نوع حجر عليه ولم يذكر في الكتاب انه اذا لم يكن للمفقود مال وطلبت زوجته من القاضي أن يقضي لها بالنفقة على زوجها هل يجيبها الى ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يجيبها الى ذلك وهو قول ابراهيم النخعي رحمه الله ثم رجع الي قول شريح وقال لا يجيبها الي ذلك . فالحجة لقوله الأول حديث هند كما روينا . ووجه قوله الآخر ان نفقة

الزوجة لاتصير دينا إلا بقضاء القاضي وليس للقاضي أن يوجه القضاء على الغائب فيلزمه بقضائه شيئا من غير خصم عنه وهذا اذا كان النكاح معلوما له وان أرادت اثبات النكاح بالبينة لم يسمع القاضي بينتها عندنا لان البينة لاتكون حجة الاعلى خصم جاحد فما لم يحضر هو أوخصم عنه لايسمع القاضي بينتها عليه بالنكاح وعلى قول زفر تسمع البينة ويأمرها بأن تستدين وتنفق على نفسها فاذا حضر الزوج كلفها اعادة البينة عليه فان أعادت قضي على الزوج بما انفقت في المدة الماضية وان لم تعد البينة على الزوج لم يقض عليه بشيء وهذا منه نوع احتياط في حق الحاضر والغائب جميعا (واذا) أجر المفقود شيئا قبل أن يفقد لم تنتقض الاجارة بعدما يصير مفقودا لانه حي في ابقاء ما كان على ما كان ولا يبرأ المستأجر بدفع الأجرة الى زوجته وولده إلا أن يأمره القاضي بذلك كما في سائر الديون (واذا) فقد الرجل بصفين أو بالجمل ثم اختصم ورثته في ماله اليوم فان هذا قد مات ألا ترى انه لم يبق أحد أدرك ذلك الزمان فاذا بلغ المفقود هذه المدة فهو ميت يقسم ماله بين ورثته (والجمل) حرب كان بين على وعائشة وطلحة والزبير بالبصرة رضوان الله عليهم أجمعين (وصفين) كان بين على ومعاوية رضي الله عنهما وبين أهل الشام ومن ذلك الوقت الى وقت تصنيف هذا الكتاب كان أكثر من مائة وعشرين سنة والرجل الذى فقد فى ذلك الوقت كان ابن عشرين سنة أو أكثر لانه خرج محاربا ولا شك انه لايبقى فى مثل هذه المدة الطويلة ظاهرا • فان كان له ابن مات زمان خالد بن عبد الله وترك أخا لامه وللمفقود عصبة فانى أنظر الى سن المفقود يوم مات الابن فان كان مثله يعيش الى ذلك الوقت لم أورث الابن منه شيئا لبقائه حيا بطريق الظاهر واستصحاب الحال ولم أورثه من أبيه أيضا لان بقاء الوارث بعد موت المورث شرط لوراثته عنه فان الوراثة خلافة والحي يخلف الميت فأما الميت فلا يخلف الميت وما كان شرطا فما لم يثبت بدليل موجب له لايثبت الحكم واستصحاب الحال دليل يبقى لا موجب فلهذا لايرث المفقود من أبيه ثم يكون ميراث المفقود لعصبته الحى بعد ما يمضي من المدة مالا يعيش مثله اليه وان كان مثله لايعيش الى مثل تلك المدة حين مات ابنه جعلت الميراث لابنه لان حياته بعد موت أبيه معلوم هنا بدليل شرعى فاذا صار مال المفقود ميراثا له كان ذلك موروثا عن ابنه بعد موته كسائر أمواله لأخيه لامه منه السدس والباقى لعصبته وان كان مات بعض من يرثه المفقود قبل هذا فنصيبه من الميراث يوقف الى أن

يتبين حاله لانه غير محكوم بموته ولكنه يشتبه الحال بمنزلة الجنين فى البطن فيوقف نصيبه فان ظهر حيا كان ذلك مستحقا له وان لم يظهر حاله فذلك مردود الى ورثة صاحب المال على سهامهم بمنزلة الموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا وهذا لانه لم يظهر شرط الاستحقاق له فيكون موروثا عن الميت كسائر ورثته يوم مات* واذا فقد المكاتب وله مال وولد ولدوا فى المكاتبة وقف ماله حتى يظهر حاله لان ولاية أداء الكتابة من ماله انما تكون بعد موته ليحكم بحريته مستندا الى حال حياته ولم يظهر موته وكذلك استسعاء أولاده فى بدل الكتابة بطريق الخلافة عنه بعد موته ولم يظهر لانه لا يستسعى الولد اذا كان له مال بعد موته حقيقة فكيف يستسعى ولده بعد ما يصير مفقوداً وله مال . وينفق على ولده الصغار وبناته الذين ولدوا فى المكاتبة وعلى امرأته من ماله لان هؤلاء كانوا يستحقون عليه النفقة فى كسبه أن لو كان حاضراً فكذلك ينفق عليهم من ماله بعد ما يصير مفقوداً كولد الحر وزوجته وهذا لان استحقاق النفقة للزوجة بعقد النكاح والحر والمكاتب فيه سواء وأولاده الذين ولدوا فى المكاتبة هو أحق بكسبهم فتلزمه نفقتهم لان الغرم مقابل بالغنم فان مات ابن له ولد فى مكاتبته وترك مالا كان ماله موقوفا لانه ان كان المفقود حيا حين اكتسب هذا الولد فكسبه للمفقود وإن كان ميتاً فكسبه لورثته لانه يحكم بحريته اذا أديت كتابة أبيه من ماله مستنداً الي حياة أبيه فلجهالة المستحق بقى موقوفاً وان كان ماله فى يد أخيه لم أخرجه من يده ولم أتعرض له لانه لا يدرى لمن هذا المال ومالم يظهر مستحق للمال فليس للقاضي أن يتعرض لذى اليد بازالة يده* ولو أقر ولد المكاتب الذين ولدوا في المكاتبة وهم كبار ان أباهم قد مات وماله فى أيديهم وأقر المولى بذلك فأدوا الكتابة وقسموا المال ثم اختلفوا وجحد بعضهم بعضا وارتفعوا الى القاضي نفذ القاضي ذلك عليهم لتقدم الاقرار منهم بذلك وقسمتهم عن تراض منهم ولان الذى يجحد بعد ذلك مناقض لكلامه والقاضي لا يلتفت الى قول المناقض وكذلك لو لم يقتسموا حتى ارتفعوا اليه وأقروا به عنده جاز اقرارهم عليه وقسم المال بينهم بعد أداء الكتابة لان الحق لا يعدوهم فالثابت باقرارهم في حقهم كالثابت بالبينة . وكذلك لو أقروا بدين عليه بدأت به قبل المكاتبة كما لو ثبت موته بالبينة وهذا لان الدين أقوى من المكاتبة حتى اذا عجز نفسه سقطت المكاتبة عنه دون الدين وعند اجتماع الحقوق فى المال يبدأ بالاقوى فالاقوى عرف ذلك بقضية المعقول

وشواهد الأصول. وكذلك الحر اذا أقر ورثته انه قد مات فانه يقضي دينه ويقسم الميراث بينهم اذا كان في أيديهم لان اقرار الانسان فيما في يده معتبر مالم يظهر له خصم ينازعه فيه وكذلك اذا كان المال في يد غيرهم فصدقهم بذلك. وان جحد موته لم انزعه من يده الا ببينة تقوم على موته لانهم يدعون استحقاق اليد في هذا المال على ذي اليد وقولهم ليس بحجة عليه في استحقاق يده فما لم تقم البينة علي موته لايخرج القاضي المال من يد ذي اليد. ولو أن المولى اعتق المكاتب المفقود ثم مات ابن المكاتب وهو حر وله اخوة احرار لم يقض لهم بشئ من ذلك حتى يعلم موت المكاتب قبله لان المفقود ان كان حيا فقد عتق باعتاق المولى إياه والميراث له دون الاخوة فشرط توريث الاخوة عدم أب هو وارث وبالظاهر لا يثبت هذا الشرط فلهذا لا يقضى لهم بشئ حتى يعلم موت الأب قبله. وكذلك ان كان مكاتب المكاتب عبدا لان اعتاق المولى عبده المفقود كاعتاقه المكاتب المفقود ولا ينفق علي ولده الصغار من هذا المال شيئا لانه لا يدرى لمن هذا المال فانه كما لم يثبت الاستحقاق فيه للاخوة لم يثبت للأب المفقود لانه لا يرث من غيره مالم يعلم حياته حقيقة وقت موت مورثه. ولو ادعى مملوك المفقود العتق وأقام بينته على ذلك لم يقبل منه لانعدام خصم حاضر (قال) ولم ادع أولاده يبيعونه لانه قبل هذه البينة ما كان لهم أن يبيعوه فبعدها أولى ومراده بعد ما كانوا يقرون بموته لان اقرارهم ليس بحجة على هذا العبد ولانه ان كان ميتا فالولد خصم في البينة التي أقامها المملوك على العتق. وكذلك لو ادعت امرأته الطلاق أو ادعت امرأة انه تزوجها لم أقبل بينتها على ذلك لانعدام الخصم ولو أوصي رجل للمفقود بوصية لم أقض بها له ولم أبطلها ولم أنفق على ولده منها لان الوصية اخت الميراث وشرط لاستحقاق الموصى له بقاؤه حيا بعد موت الموصى كالميراث وقد بينا أنه يوقف نصيبه من الميراث حتى يتبين حاله ولا ينفق على ولده منه شئ فكذلك الوصية (رجل) مات وترك ابنتين وابن ابن وبنت ابن وترك ابنا مفقودا وترك مالا في يد الابنتين فارتفعوا الى القاضي وأقروا أن الابن مفقود فالقاضي لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يوقف شيئا منه للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من ايديهما لان القاضي لا يتعرض لاخراج المال من يد ذي اليد الا بمحضر من الخصم ولا خصم هنا فان اولاد المفقود لا يدعون لانفسهم شيئا ولا يكونون خصما عن المفقود لانه لا يدرى ان المفقود حي فيرث أو ميت فلا يرث

فلهذا لايخرج المال من أيديهما بخلاف مال المفقود الذى يعلم أنه له لان حق أولاده ثابت في ذلك المال باعتبار ملكه فانهم يستحقون النفقة فى ملكه واستصحاب الحال معتبر فى ابقاء ما كان علي ما كان وكذلك ان قالت الابنتان قدمات اخونا وقال ولد الابن هو مفقود لان من فى يده المال قد أقر لولد الابن بعض ذلك المال وهم قد ردوا اقرارهم بقولهم ابونا مفقود فيسقط اعتبار ذلك الاقرار. ولو كان مال الميت في يدى ولد الابن المفقود وطلبت الابنتان ميراثهما واتفقوا أن الابن مفقود فانه يعطى للابنتين النصف لانا تيقنا باستحقاق النصف لهما فان المفقود ان كان حيا فالميراث بينهما وبين اخيهما للذكر مثل حظ الانثيين فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان والباقى لولد الابن فيدفع اليهما الاقل وهو النصف ويترك الباقى. فى يد ولد الابن من غير ان يقضي به لهما ولا لابيهما لانه لايدرى من المستحق لهذا الباقى. ولو كان المال في يد اجنبي فقالت الابنتان مات أخونا قبل أبينا وقال ولد الابن هو مفقود فان أقر الذي في يده المال بالمال للميت و بأن الابن مفقود فانه يعطى للابنتين النصف أقل النصيبين لهما والباقى موقوف على يده حتى يظهر خصمه ومستحقه بظهور حال المفقود. وان قال الذى في يده المال قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذى اليد فيما فى يده معتبر وقد أقر بان ثلثي مافي يده للابنتين فيجبر علي تسليم ذلك اليهما ولا يمتنع صحة اقراره بقول أولاد الابن أبونا مفقود لانهم لانفسهم بهذا القول لايدعون شيأ ثم يوقف الثلث الباقى على يد ذى اليد حتى يظهر خصمه ومستحقه. ولو جحد الذى فى يديه المال أن يكون المال للميت فاقامت الابنتان البينة أن اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما ولا يعلم له غير هؤلاء فانه يدفع الى الابنتين النصف وهذا لانهما بهذه البينة يثبتان الملك لابيهما في المال والاب ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فى اثبات الملك له بالبينة ثم يدفع اليهما القدر المتيقن بانه مستحق لهما وهو النصف والباقى يخرج من يد ذى اليد فيوضع فى يد عدل حتى يظهر مستحقه لان ذا اليد قد جحده وظهرت جنايته بجحوده فلا يؤتمن بعد ذلك وان كان معروفا بالعدالة لان العدالة لاتتحرز زمن تناول مازعم انه ملك بخلاف ماسبق فذو اليد كان هناك مقرا بأن المال للميت وقد انتفت الجناية منه بهذا الاقرار فكان ترك الباقى في يده أولى لظهور أمانته بالتجربة. فان ادعى ولد المفقود انه مات بعد شهادة الشهود لم أدفع

اليهم شيئا حتى تقوم البينة على موته قبل ابيه لانهم يريدون استحقاق اليد على ذي اليد ومجرد قولهم لا يكفي لذلك ولان سبب الاستحقاق لهم غير معلوم فان أباهم ان مات قبل موت الجد فهم يستحقون الثلث ميراثا من الجد وان مات بعد موت الجد فهم يستحقون النصف ميراثا من ابيهم ولا يجوز القضاء لهم بشيء قبل ظهور سبب الاستحقاق فلابد ان يقيموا البينة على موته قبل ابيه أو بعده ولا ينفق عليهم من ذلك المال شيء وان كانوا محتاجين لانه لايدرى لمن هذا المال ونفقتهم عند الحاجة في مال ابيهم والملك لابيهم في هذا المال لايثبت مالم تعلم حياته بعد موت الجد . فان كان المال ارضا في ايدي الابنتين وولد الابن فاقروا جميعا ان الابن قد مات قبل ابيه واقتسموا الأرض بينهم على ذلك ثم ادعوا انه مفقود فان القاضي يمضي القسمة عليهم لانها تمت بتراضيهم وقولهم فيما في أيديهم مقبول فكانت القسمة ماضية ولايقبل قولهم انه مفقود لانهم مناقضون في ذلك والقاضي لايلتفت الى قول المناقض . وكذلك لو كان في ولد الابن رجل غائب لم يشهد القسمة ولم يكن في يده شيء من هذه الأرض ثم قدم فقال والدي مفقود وأراد نقض القسمة لم يكن له ذلك لانه لايدعى لنفسه بمقابلته وانما يدعى الملك للمفقود وهو مقر أنه ليس بوكيل له ولا وارث لانه حي ونقض القسمة بقول من لايدعى لنفسه شيأ لايجوز بخلاف مالو كان بعض الارض في يده لانه مدع لنفسه حقا وهو ابقاء يده فيما في يده وقسمتهم قبل حضوره غير صحيح لما فيه من استحقاق يده عليه وكذلك لو كان مكان الغائب صغير فأدرك . واذا ادعى أن أباه مات قبل جده كان له أن ينقض القسمة فيقسمها القاضي بينهم قسمة مستقبلة باقرارهم على انفسهم لانه يدعى لنفسه بعض الملك هنا ويدعى بطلان قسمتهم لان تراضيهم على القسمة بعد موت الجد لايعمل به في حق الغائب والصغير وهم مصدقون له فيما يدعى فلهذا ينقض القسمة بخلاف مالو كان القاضي هو الذى قسمه بين الحضور وعزل نصيب الغائب والصغيرة فانه ينفذ قسمته في حقهما اذا لم يكن في يد الغائب والصغير من هذا المال شيء لان للقاضي نوع ولاية في حق الغائب والصغير وليس للورثة تلك الولاية في حق الغائب والصغير ولو ماتت ابنة هذا الابن المفقود فان كان ميراثها في يد أخيها لم أتعرض له ولم أقف منه شيئا للمفقود لانه لايدرى أحيّ هو فيكون وارثا أو ميت فلا يكون وارثا وقد بينا انه لايتعرض ليد ذى اليد الا بمحضر من الخصم . وان كان ميراثها في يد

أجنبي لم أدفع الى أخيها منه شيأ لان شرط توريث الاخ ان يكون الاب ميتاً فما لم يصر هذا الشرط معلوما بالحجة لايدفع الى الاخ من الميراث شيء وان كان ميراثها في يد أخيها وأختها وأرادوا القسمة وهم مقرون بأن الاب مفقود لم أقسم بينهم لان القسمة تبنى على ثبوت استحقاقهم بالميراث ولا يثبت ذلك مالم تقم البينة على موت الاب المفقود قبل موت الابنة ولو كان للمفقود امرأة فماتت وميراثها في يد ولدها لم اقسم للمفقود من ذلك نصيبا لان حياته بعد موتها غير معلوم ولم اقف له شيئا لان التعرض ليد ذي اليد لايجوز الا بمحضر من الخصم وان أراد ولدها قسمة ميراثها وهو في ايديهم لم أقسمه بينهم حتى تقوم البينة على موت المفقود ثم يعزل من ذلك مثل نصيب المفقود فيوقف حتى يعلم انه مات قبلها أو بعدها ويقسم مابقي بينهم . أما قبل ان تقوم البينة على موته فالقاضي لا يشتغل بالقسمة لان فيها قضاء على المفقود وهو حي في حق نفسه فلا يوجه القاضي القضاء عليه بغير محضر من الخصم وأما بعد موته فقد ثبت للقاضي ولاية توجه القضاء عليه لما ظهر موته فيعزل نصيبه من القسمة ويجعله موقوفا حتى يتبين مستحقه بظهور موته قبلها أو بعدها ولو كان في يد غيرهم قضيت لهم بثلاثة ارباعه لانا تيقنا باستحقاقهم لهذا المقدار فيسلم اليهم ويوقف الربع على يد ذي اليد حتى يظهر حال المفقود بخلاف ماسبق فان المال هناك في ايديهم ففي القسمة تمييز نصيب المفقود عن نصيبهم وذلك قضاء على المفقود وهنا المال ليس في ايديهم فقضاؤه لهم بثلاثة ارباعه لايمس المفقود وهو متيقن استحقاقه لهم * واذا فقد المرتد ولم يعلم ألحق بدار الحرب ام لا فانه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم لان اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق المسلم فكما يوقف ميراث المفقود المسلم حتى يتبين موته فكذلك يوقف ميراث المفقود المرتد حتى يتبين لحوقه بدار الحرب . وان مات أحد من ولده قسم ميراثه بين ورثته ولم يحبس للمفقود شيء لانه محروم عن الميراث بكونه مرتداً فان المرتد لايرث أحداً واسلامه بعد الردة موهوم والموهوم لايقابل المعلوم ألا ترى ان الأب المفقود لو كان عبداً لم يحبس له شيء من ميراث ولده لان الرق الذي يحرمه معلوم والعتق بعد ذلك موهوم وكذلك ان كان ميراثه في يد أجنبي وكذلك المرأة المرتدة فانها لاترث أحداً وكذلك الذمي يفقد وله بنون مسلمون فمات أحدهم لم يوقف للأب شيء لان سبب حرمانه معلوم فان الكافر لايرث المسلم . وكذلك رجل مسلم فقد وله بنون كفار فمات أحدهم قسمت ميراثه بين

اخوته ولم أوقف على أبيه شيئا لان المسلم لايرث الكافر فسبب حرمانه متيقن والله أعلم

كتاب الغصب

﴿ قال الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة السرخسي املاء ﴾

(اعلم) بان الاغتصاب أخذمال الغير بما هو عدوان من الأسباب واللفظ مستعمل لغة في كل باب مالا كان المأخوذ أوغير مال. يقال غصبت زوجة فلان وولده ولكن في الشرع تمام حكم الغصب يختص بكون المأخوذ مالا متقوماً . ثم هو فعل محرم لانه عدوان وظلم وقد تأكدت حرمته في الشرع بالكتاب والسنة. أما الكتاب فقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)وقال تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً انما يأكلون في بطونهم ناراً) وقال صلى الله عليه وسلم لايحل مال امريء مسلم الا بطيبة نفس منه وقال صلى الله عليه وسلم سباب المسلم فسق وقتاله كفر وحرمة ماله كحرمة نفسه وقال صلى الله عليه وسلم فى خطبته ألا ان دماءكم واعراضكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومى هذا في شهرى هذا في مقامى هذا (فثبت) أن الفعل عدوان محرم فى المال كهو فى النفس ولهذا يتعلق به المأثم في الآخرة كما قال صلى الله عليه وسلم من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين الا ان المأثم عند قصد الفاعل مع العلم به. فأما اذا كان مخطئا بان ظن المأخوذ ماله أوكان جاهلا بأن اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لم يكن آثما لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ والنسيان والمراد المأثم فأما حكمه فى الدنيا فثابت سواء كان آثما فيه أو غير آثم لان ثبوت ذلك لحق صاحبه وحقه مرعى وان الآخذ معذور شرعا لجهله وعدم قصده والحكم الأصلي الثابت بالغصب وجوب رد العين على المالك بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد. وقال صلى الله عليه وسلم لايحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فان أخذه فليرده عليه وقال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو أحق به. ومن ضرورة كونه أحق بالعين وجوب الرد على الآخذ والمعنى فيه أنه مفوت عليه يده بالاخذ واليد لصاحب المال فى ماله مقصود به يتوصل الى التصرف والانتفاع ويحصل ثمرات الملك فعلى المفوت بطريق العدوان نسخ فعله لينذفع به الضرر والخسران عن صاحبه. وأتم

وجوهه رد العين اليه ففيه اعادة العين الى يده كما كان فهو الواجب الأصلي لايصار الى غيره الا عند العجز عنه فان عجز عن ذلك بهلاكه في يده بفعله أو بغير فعله فعليه ضمان المثل جبرانا لمافوت على صاحبه لان تفويت اليد المقصودة كتفويت الملك عليه بالاستهلاك (ثم) المثل نوعان كامل وقاصر . فالكامل هو المثل صورة ومعنى . والقاصر هو المثل معنى أي في صفة المالية فيكون الواجب عليه هو المثل التام الا اذا عجز عن ذلك فحينئذ يكون المثل القاصر خلفاً عن المثل التام في كونه واجباً عليه * وبيان هذا ان المغصوب اذا كان من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون فعليه المثل عندنا . وقال نفاة القياس عليه رد القيمة لان حق المغصوب منه في العين والمالية وقد تعذر ايصال العين اليه فيجب ايصال المال اليه ووجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية ومالية الشيء عبارة عن قيمته ولكنا نقول الواجب هو المثل قال الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وتسمية الفعل الثاني اعتداء بطريق المقابلة مجازاً كما قال الله تعالى (وجزاء سيئة سيئة مثلها) والمجازاة لا تكون سيئة وقد ثبت بالنص أن هذه الاموال أمثال متساوية قال صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثل بمثل ولان المقصود هو الجبران وذلك في المثل أتم لان فيه مراعاة الجنس والمالية وفي القيمة مراعاة المالية فقط فكان ايجاد المثل أعدل الا اذا تعذر ذلك بالانقطاع من أيدي الناس فحينئذ يصار الى المثل القاصر وهو القيمة للضرورة ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعتبر القيمة وقت القضاء لان التحول اليه الآن يكون فان المثل واجب في الذمة وهو مطلوب له حتى لو صبر الى مجيء أوانه كان له ان يطالبه بالمثل فانما يتحول الى القيمة عند تحقق العجز عن المثل وذلك وقت الخصومة والقضاء بخلاف ما اذا كان المغصوب أو المستهلك مما لا مثل له لان الواجب هناك وان كان هو المثل عند أبي حنيفة ولكنه غير مطالب بأداء المثل بل هو مطالب بأداء القيمة بأصل السبب فيعتبر قيمته عند ذلك وأبو يوسف رحمه الله يقول لما انقطع المثل فقد التحق بما لا مثل له في وجوب اعتبار القيمة والخلف انما يجب بالسبب الذي يجب به الاصل وذلك الغصب فيعتبر قيمته يوم الغصب ومحمد يقول أصل الغصب أوجب المثل خلفا عن رد العين وصار ذلك دينا في ذمته فلا يوجب القيمة أيضاً لان السبب الواحد لا يوجب ضمانين ولكن المصير الى القيمة للعجز عن أداء المثل وذلك بالانقطاع عن أيدي الناس فيعتبر قيمته بآخر يوم كان موجوداً فيه فانقطع وان كان المغصوب

من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض والفلوس فعليه ضمان المثل عندنا وعلى قول زفر عليه ضمان القيمة وهو بناء على الاختلاف بيننا وبينه في جواز السلم فيها عدداً ثم زفر رحمه الله يقول المثل فيما يؤدى به الضمان منصوص على اعتباره والمماثلة في العدديات المتقاربة غير ثابتة بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لايجرى فيها الربا لانها ليست بأمثال متساوية قطعاً وما كان ثابتاً بالنص فهو مقطوع به فلا يؤدي بما هو مجتهد فيه ولكن لايصار الى القيمة لتعذر أداء المثل كما في العدديات المتقاربة ولكنا نقول المماثلة في آحاد هذه الاشياء ثابتة بالعرف فهو كالثابت بالنص فيما هو المقصود وهو جبران حق المغصوب منه في مراعاة الجنس والمالية عليه وهذا لان آحاد هـذه الاشياء لا تتفاوت في المالية انما تتفاوت أنواعها كالمكيل والموزون وان كان المغصوب من العـدديات المتفاوتة كالثياب والدواب والواجب على الغاصب ضمان القيمة عند تعذر ردّ العين عندنا * وقال أهل المدينة رحمهم الله الواجب هو المثل لحديث أنس رضي الله تعالى عنه قال كنت في حجرة عائشة رضى الله تعالى عنها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يضرب الحجاب فأتى بقصعة من ثريد من عند بعض ازواجه فضربت عائشة رضى الله عنها القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلي الله عليه وسلم يأكل من الارض ويقول غارت أمكم غارت أمكم ثم جاءت عائشة رضى الله تعالى عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم من الغيرة وقال علي رضى الله عنه في المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولكنا نحتج بحديث معروف عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في عبد بين شريكين يعتقه أحدهما فان كان موسراً ضمن قيمة نصيب شريكه وان كان معسراً سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه فهذا تنصيص على اعتبار القيمة فيما لامثل له * وتأويل حديث أنس رضى الله عنه أن الرد كان على طريق المروءة ومكارم الاخلاق لاعلى طريق الضمان وقد كانت القصعتان لرسول الله صلي الله عليه وسلم * ومعنى قول علي رضى الله عنه يفك الغلام بالغلام يعنى بقيمة الغلام فقد صح عن عمر وعلي رضى الله عنهما انهما قضيا في ولد المغرور انه حر بالقيمة * ثم بدأ محمد الكتاب بحديث ابن سيرين عن شريح رحمهما الله قال من كسر عصى فهى له وعليه مثله وذكر بعده عن الحكم عن شريح قال من كسر عصى فهى له وعليه قيمتها فاما أن يقول مراده بالمثل المذكور في الحديث الاول المماثلة في المالية خاصة وذلك في القيمة أو يحمل

الحديث الاول على العصى الصغيرة فانها من العدديات المتقاربة لا تتفاوت آحادها فى المالية كالسهام وما ذكر في الحديث الثانى محمول على العصى الكبيرة فانها كالعدديات المتفاوتة لان آحادها تتفاوت في المالية • ثم المراد بالكسر ما يكون فاحشا حتى لا يمكن التقضي به بعد ذلك فأما اذا كان الكسر يسيراً فليس على الكاسر الاضمان النقصان لانه غير مفوت للمنفعة المطلوبة من العين وانما يمكن نقصاناً في ماليته فعلية ضمان النقصان وفي الكسر الفاحش هو مستهلك من وجه لفوات المنفعة المطلوبة من العين فكان لصاحبها حق تضمين القيمة ان شاء وهذا الحكم فى كل عين الا فى الاموال الربوية فان التعييب هناك فاحشاً كان أو يسيراً يثبت لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين ان يسلم العين اليه ويضمنه مثله عندنا لان تضمين النقصان متعذر فانه يتعدى الى الربا لانه يسلم له قدر ملكه وزيادة وعلى قول الشافعى رحمه الله له أن يضمنه النقصان وهو بناء على ان من مذهبه أن للجودة فى هذه الاموال قيمة كما في سائر الاموال ألا ترى أن لها قيمة اذا قوبلت بخلاف جنسها ولها قيمة في اثبات الخيار لصاحبها عند تفويت الغاصب الجودة ومالا يتقوم شرعا فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالخمر والصنمة من الملاهى والمعازف • ثم وجوب ضمان النقصان لا يؤدى الى الربا فان حكم الربا يجرى بالمقابلة على طريق المعادلة وذلك لا يوجد هنا خصوصاً على أصله فان ضمان الغصب عنده لا يوجب الملك فى المضمون ولكنا نقول لا قيمة للجودة فى هذه الاموال منفردة عن الاصل قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء يعنى في المالية التى ينبنى عليها العقد لانه لا يجوز الاعتياض عن هذه الجودة حتى لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة ودرهم لا يجوز وما يكون متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز وبهذا فارق حال اختلاف الجنس • وثبوت الخيار عندنا ليس لفوات الجودة بل للتغير المتمكن بفعله فى العين واذا ثبت انه لا قيمة للجودة منفردة عن الاصل قلنا لو ضمنه النقصان كان فيه اقرار بجودته عن الاصل فأما اذا سلم العين اليه فلا يكون فيه اقرار بجودته عن الأصل وهى متقومة مع الأصل تبعا فلهذا كان له أن يضمنه المثل وقول شريح هو دليل له على ان المغصوب يصير ملكا للغاصب عند أداء الضمان كما هو مذهبنا (وذكر) عن أبى البحترى ان اعرابيا أتى عثمان بن عفان رضى الله عنه فقال ان بنى عمك عدوا على ابلى فقطعوا ألبانها وأكلوا فصلانها فقال له عثمان رضى الله تعالى عنه اذاً نعطيك ابلا مثل ابلك وفصلانا مثل

فصلانك قال اذاً تنقطع ألبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادي فغمزه بعض القوم بعبد الله بن مسعود رضى الله عنه فقال بينى وبينك عبد الله فقال عثمان رضى الله عنه ثم فقال عبـد الله رضى الله عنه أرى أن يأتى هـذا واديه فيعطى ثمة ابلا مثل ابله وفصلانا مثل فصلانه فرضى عثمان رضى الله عنه بذلك وأعطاه * وبظاهر الحديث يستدل أهل المدينة فى أن الحيوان مضمون بالمثل عند الغصب والاتلاف فقد اتفق عليه عثمان وابن مسعود رضى الله عنهما الا أنا نقول لم يكن هـذا على طريق القضاء بالضمان وانما كان ذلك على سبيل الصلح بالتراضى لان المتلف لم يكن عثمان رضى الله عنه ووجوب الضمان على المتلف والانسان غير مؤاخذ بجناية بنى عمه الا أن عثمان رضى الله عنـه كان يتبرع بأداء مثل ذلك عن بنى عمه ويقول ان قوتهم ونصرتهم بى وهذا لانه كان به فرط الميل الى أقاربه واليه أشار عمر رضى الله عنه حين ذكر عثمان رضى الله عنه في الشورى فقال انه كلف بأقاربه وكان ذلك ظاهراً منه ولهذا جاء الاعرابى يطالبه وانما غمزه بعض القوم بعبد الله رضى الله عنه لما كان بين عثمان رضي الله عنه وبينه من النفرة وسبب ذلك معلوم * ثم فيه دليل جواز التحكيم وان الامام اذا كان يخاصمه غيره فله أن يحكم برضى الخصم من ينظر بينهما كما فعله عثمان رضي الله عنه *وفيه دليل على أن رد مثل المغصوب أو المستهلك يجب في موضع الغصب والاستهلاك لان ابن مسعود رضي الله عنه حكم بذلك وانقاد له عثمان رضي الله عنه وهذا لان المقصود هو الجبران ورفع الخسران عن صاحب المال وذلك برد العين عليه فى ذلك الموضع وأداء الضمان في ذلك الموضع ولهذا قلنا ان مؤنة الرد تكون على الغاصب ﴿ وذكر ﴾ عن شريح رحمه الله أن مسلما كسر دنا من خمر لرجل من أهل الذمة فضمنه شريح قيمة الخمر وبه نأخذ فان الخمر مال متقوم عندنا في حقهم لتمام احرازهم لها بحماية الامام فانهم يعتقدون فيها الماليـة وانما يكون المال متقوماً بالاحراز والامام مأمور بأن يكف عنهـم الايدى المتعرضة لهم فى ذلك لمكان عقد الذمة فيتم احرازها منهم بذلك وسنقرر ذلك فى موضعه (ثم) فيه دليل أن المسلم يضمن قيمة الخمر للذمىّ عنـد الاتلاف دون المثل لان المسلم عاجز عن تمليك الخمر من غيره وعند العجز عن رد المثل يكون الواجب هو القيمة ولم يذكر تضمين قيمة الدن لان ذلك غير مشكل وانما ذكر الراوى ماهو المشكل وهو تضمينه قيمة الخمر (واذا) غصب الرجل جارية تساوى ألف درهم فازدادت عنده فالزيادة نوعان منفصلة متولدة

منها كالولد والعقر ومتصلة كالسمن وانجلاء البياض عن العين * وفى الكتاب بدأ ببيان الزيادة المتصلة ولكن الأولى أن يبدأ ببيان الزيادة المنفصلة فيقول . هذه الزيادة تحدث أمانة في يده عندنا حتى لو هلكت من غير صنعه لم يضمن قيمتها عندنا (وقال) الشافعي رحمه الله تعالى تحدث مضمونة لانها لما تولدت من أصل مضمون بيد متعدية فتحدث مضمونة كزوائد الصيد المخرج من الحرم وهذا لان المتولد من الأصل يكون بصفة الأصل والاصل مضمون عليه فكذلك ماتولد منه ألا ترى ان الزيادة مملوكة للمغصوب منه كالاصل (ثم) له في بيان المذهب طريقان (أحدهما) ان الزيادة مغصوبة بمباشرة من الغاصب لان حد الغصب الاستيلاء على مال الغير باثبات اليدلنفسه بغيرحق وقد كانوا في الجاهلية يتملكون بهذه اليد ويسمونه غصباً فالشرع أبطل حكم الملك بها في كل محترم وأثبت الضمان وبقى حكم الملك بها فى كل مباح كالصيد . ثم انما يملك الصيد باثبات اليد عليه فكذلك يجب الضمان باثبات اليد عليه وهو مثبت يده على الولد حتى لو نازعه فيه إنسان كان القول قوله (والثانى) هو انه غاصب للولد تسبيباً فان غصب الام وامسا كها الى وقت الولادة سبب لحصول الولد في يده وهو معتاد لان أصحاب السوائم يمسكون الامهات لتحصيل الاولاد وهذا تسبيب هو فيه متعد فينزل منزلة المباشرة لان المال يضمن بالاتلاف تارة وبالغصب أخرى وفى الاتلاف المسبب اذا كان متعديا يجعل كالمباشر في حكم الضمان كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق فكذلك فى الغصب * وحجتنا في ذلك أن وجوب ضمان الغصب لا يكون إلا باعتبار تحقق الغصب لانه سببه ولهذا يضاف اليه الحكم ولا يثبت بدون السبب ولم يوجد الغصب في الزيادة تسبيباً ولا مباشرة لان حد الغصب الموجب للضمان الاستيلاء على مال الغير باثبات اليد لنفسه على وجه تكون يده مفوتا ليد المالك لان الضمان واجب بطريق الجبران فلا يجب الا بتفويت شئ عليه وليس في الغصب تفويت العين فعرفنا أن وجوب الضمان باعتبار تفويت اليد عليه وذلك غير موجود في الولد لان التفويت بازالة يده عما كان في يده أو بازالة تمكنه من أخذ مالم يكن في يده وما كان الولد فى يد المالك قط ولا زال تمكنه من أخذه لحصوله في دار الغاصب مالم يمنعه الغاصب منه فلا يكون مضمونا عليه لانعدام سبب الضمان حتى يطالبه بالرد فاذا منعه يتحقق التفويت بقصر يده عنه بالمنع فيكون مضمونا عليه كالثوب اذا هبت

به الريح وألقته في حجره وهذا بخلاف الاستيلاء الموجب للملك لان الملك حكم مقصود على المحل فيتم سببه باثبات اليد على المحل والضمان جبران لحق المالك فلا يتم سببه الا بتفويت شئ عليه وبخلاف ضمان صيد الحرم لان ذلك ضمان اتلاف معنى الصيدية فيه فانه بالحرم أمن الصيد ومعنى الصيدية في تنفيره واستيحاشه وبعده عن الايدي فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية فيه حكما وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه . فأما الاموال فمحفوظة بالايدى فلا يكون اثبات اليد علي المال اتلافا لشئ على المالك * يوضح الفرق أن الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى مأمنه فانما وجد المنع منه بعد الطلب وذلك سبب للضمان . وعلي هذا الطريق يقول اذا هلك الولد قبل تمكنه من الرد الى الحرم لايضمن وعلي الطريق الاول هو ضامن ولاوجه لاثبات حكم الضمان في الزيادة بتولدها من الاصل المضمون لان الضمان ليس في العين بل هو في ذمة الغاصب وانما توصف العين به مجازاً كما يقال فلان مغصوب عليه والغصب صفة للغاصب بخلاف الملك لانه وصف للمحل فانه يوصف بانه مملوك حقيقة فيتعدى ذلك الى الولد وان باع الغاصب الولد وسلمه أو أتلفه فهو ضامن لقيمته لوجود التعدى منه على الامانة كما لو باع المودع الوديعة ﴿ فان قيل ﴾ فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد ﴿ قلنا ﴾ بل فيه تفويت يده لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك ببيعه وتسليمه فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنا فأما الزيادة المتصلة فهى أمانة في يد الغاصب عندنا حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب ولايضمن الزيادة وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه مضمونة كالزيادة المنفصلة عنده ويزعم أن كلامه هنا أظهر فان الزيادة تصير مغصوبة بالوقوع في يد الغاصب ولان الزيادة لاتنفصل عن الاصل فمن ضرورة كون يده علي الاصل يد غصب أن تكون على الزيادة يد غصب أيضاً ولكنا نقول سبب وجوب الضمان في الاصل ليس هو يد الغصب بل اليد الغاصبة لان اليد الغصب حكم الغصب وانما يحال بالضمان على أصل السبب لاعلى حكمه فأصل السبب اليد الغاصبة المفوتة ليد المالك ولم يوجد ذلك في الزيادة وان منعها بعد الطلب ففى احدى الروايتين الزيادة تصير مضمونة بالمنع لان قصر يد المالك عنها يثبت بالمنع وفي الرواية الاخرى لاتصير مضمونة لان المطالبة بالرد في حق الزيادة لاتتحقق منفردة عن الاصل اذ لا يتصور

ردها بدون الاصل ولا معتبر بهذا المنع فى حق الاصل لان الاصل مضمون بدون هذا المنع فلهذا لا يضمن الزيادة المتصلة بالمنع بعد الطلب بخلاف الزيادة المنفصلة وعلى هـذا الاختلاف لوازدادت قيمتها من غير زيادة في بدنها ثم هلكت لم يضمن الغاصب الا قيمتها وقت الغصب عندنا وعند الشافعي يضمن قيمتهاوقت الهلاك لان من أصله ان سبب الضمان اثبات اليد واليد مستدام والاصل أن ما يستدام فانه يعطى لاستدامته حكم انشائه فبهذا الطريق يصير كالمجدد للغصب عند الهلاك ۰ وعندنا سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك وذلك بابتداء الغصب فتعتبر قيمتها عندذلك فان باعها وسلمها بعدما صارت قيمتها ألفين بالزيادة المتصلة فهلكت عنـد المشترى ثم جاء صاحبها فله الخيار ان شاء ضمن المشـترى قيمتها يوم قبض العين وان شـاء ضمن الغاصب لان المشترى متعـد بقبضها لنفسـه على طريق التملك وفى هـذا القبض تفويت يد المالك حكما على مابينـا انه كان متمكنا من استردادها من الغاصب وقد زال ذلك بقبض المشتري على طريق التملك لنفسه فيضمن قيمتها حال قبضه وذلك ألفا درهم بمنزلة مالو غصبها غاصب من الاول بعد الزيادة فان للمالك ان يضمن الغاصب الثانى قيمتها وقت غصبه ۰ وفيه طريقان ۰ أحدهما مابينا ۰ والثانى أن المولي باختياره تضمين الغاصب الثاني يكون مبرئا للغاصب الاول ولهـذا لايكون له أن يضمنه بعـد ذلك وبهذا الابراء تصير يده يد المالك والغاصب الثانى مفوت لهذه اليد فاذا صارت كيد المالك كان هو ضامنا بتفويته يد المالك حكما فان اختار تضمين البائع فان شاء ضمنه قيمتها وقت الغصب ألف درهم وان شاء ضمنه قيمتها وقت البيع والتسليم ألفى درهم ولم يذكر فيه خلافا فى الكتاب (وروى) الحسن عن أبى حنيفة وابن سماعة عن محمد عن أبى حنيفة رحمهم الله انه ليس له ان يضمن الغاصب وقت البيع والتسليم قيمتها * وجه ظاهر الرواية وهو قولهما ان الزيادة حصلت فى يد الغاصب أمانة وقد تعدى عليها بالبيع والتسليم فيكون ضامنا لها بزيادتها كما لو كانت الزيادة منفصلة وكما لو قتلها بعد حدوث الزيادة ولانه وجد من الغاصب سببان موجبان للضمان الغصب والتسليم بحكم البيع فللمالك ان يضمنه بأى الشيئين شاء كما لو قتلها بعد الغصب * وتحقيق هذا ان البيع والتسليم استهلاك ألا ترى ان من ادعى عينا فى يد انسان فأقام البينة ان فلانا باعه وسلمه منه اليه فان القاضي يقضى بالملك له كما لو شهدوا بالملك له فهو بالبيع والتسليم باشر سببا لو أثبته المشترى بالبينة قضى القاضي بالملك له فيكون ذلك استهلا كا

للملك على المغصوب منه حكما والاستهلاك بعد الغصب يتحقق ويكون سببا للضمان كالاستهلاك بالقتل *وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب والغصب لا يتحقق في المغصوب لوجهين (أحدها) ان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بتفويت يد المالك والتفويت بعد التفويت من واحد لا يتحقق (والثاني) أن الاسباب مطلوبة لاحكامها وتكرار الغصب من واحد في محل واحد غير مفيد شيئاً فلا يعتبر كتكرار البيع بثمن واحد وانما قلنا ان ضمان البيع والتسليم ضمان غصب لان ملك المغصوب منه باق بعد بيع الغاصب كما بعد غصبه * والاستهلاك اما أن يكون بتفويت العين حقيقة أو بتفويت الملك فيه حكما وذلك غير موجود . والدليل عليه أن الحر لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب والحر يضمن بالاتلاف وكذلك العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا رحمهما الله لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب وهو مضمون بالاتلاف (فاذا) ثبتت هذه القاعدة فنقول السبب الثاني لا يمكن اعتباره في الاصل لما قلنا ان الغصب بعد الغصب لا يتحقق مع بقاء حكم الاول ولا وجه لابطال حكم الضمان الثابت بالغصب الاول بفعل الغاصب لان المسقط للضمان عنه نسخ فعله باعادته الى يد المالك لا اكتساب غصب آخر ولا وجه لاعتبار السبب الثاني في الزيادة لان الزيادة تابعة للاصل فلا يثبت الحكم فيها الا بثبوته في الاصل ولان الزيادة المتصلة لا تفرد بالغصب فلا تفرد بضمان الغصب ولانه لما ضمن الاصل بالغصب ملك الاصل بزيادته من ذلك الوقت فتبين أنه باع ملك نفسه ولهذا نفذ بيعه هنا وبيع ملك نفسه لا يكون موجبا للضمان عنه وهذا بخلاف ما اذا قتلها لان ذاك ضمان اتلاف والزيادة تفرد بالاتلاف ولأن اعتبار السبب الثاني هناك مفيد في حق الاصل لان الضمان بالقتل يجب مؤجلا على العاقلة وبالغصب يجب على الغاصب فيجب اعتبار السبب الثاني في حق الاصل لكونه مفيداً ثم يعتبر في حق الزيادة تبعاً للاصل الا أنه اذا ضمن الاصل بالقتل لا يملكها لان ضمان القتل لا يوجب الملك فلا يتبين به أن الزيادة كانت مملوكة له ولم يذكر هنا ان المغصوبة لو كانت دابة فاستهلكها الغاصب بعد الزيادة المتصلة هل يضمن قيمتها زائدة ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات انه يضمن قيمتها زائدة فظن بعض المحققين من أصحابنا رحمهم الله ان ذلك الجواب قولهم جميعا وجعل يفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الاستهلاك بعد الغصب يتحقق في الاصل

فيكون موجبا للضمان وأما الغصب بعد الغصب فلا يتحقق. قال رضى الله عنه والاصح عندى انه لافرق فى الفصلين عند أبى حنيفة رحمه الله فانه كما لم يذكر الخلاف ثمة لم يذكر هنا قال وقد رأيت فى بعض النوادر بيان الخلاف في الشاة اذا ذبحها الغاصب وأكلها بعد الزيادة انه لايضمن قيمتها زائدة وهذا لما بينا أن السبب انما يعتبر اذا كان مفيداً وحكم الاستهلاك فى الدواب وحكم الغاصب سواء لانه يوجب الضمان على المستهلك حالا ويملك المضمون به فالاستهلاك وان تحقق فلا فائدة فى اعتباره في حق الاصل بخلاف القتل فى الآدمى فان حكم ضمان القتل مخالف لحكم ضمان الغصب فكان اعتبار السبب الثانى مفيداً وهذا بخلاف صيد الحرم اذا باعها وسلمها بعد الزيادة لانا نثبت بهذا الكلام ان البيع والتسليم لايكون سببا للضمان بعد الغصب وهناك الزيادة كانت مضمونة عليه قبل هذا الا ان تصير مضمونة بالبيع والتسليم *وان اختار المغصوب منه تضمين المشترى بطل البيع ورجع بالثمن علي الغاصب لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين ولان ملك العين لم يسلم للمشترى بالبيع وانما سلم له بضمان القيمة فلا يسلم الثمن للبائع أيضا فلهذا استرد الثمن من البائع ﴿رجل﴾ غصب جارية فولدت عنده ثم مات الولد فعلى الغاصب رد الجارية مع نقصان الولادة لانها دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها ولو فاتت كلها ضمن الغاصب قيمتها والجزء معتبر بالكل وان كان الولد حيا فعليه ردهما لان الولد جزء من الاصل فيكون مملوكا لمالك الاصل ومؤنة الرد في الولد على الغاصب وان لم يكن مضمونا عليه كمؤنة الرد في المستعار على المستعير وان لم يكن مضمونا عليه فاذا ردهما وفى قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة لم يضمن الغاصب من نقصان الولادة شيئا عندنا وقال زفر رحمه الله هو ضامن لذلك وان لم يكن فى قيمة الولد وفاء بالنقصان فهو ضامن لما زاد علي قيمة الولد من النقصان عندنا وعند زفر هو ضامن لجميع النقصان لان ضمان النقصان واجب عليه بفوات جزء مضمون منها فلا يسقط الا بالاداء أو الابراء ممن له الحق وقد انعدم الاسقاط ممن له الحق وهو برد الولد لايكون مؤديا للضمان لان الولد ملك المضمون له واداء الضمان بملك غير المضمون له لان الضمان لجبران مافات عليه وملكه لايكون جابرا لملكه ولايجوز ان يكون الولد قائما مقام الجزء الفائت بالولادة لان الولد أمانة فى يده والفائت مضمون عليه فكيف تكون الامانة خلفا عن المضمون (ألاترى) انه لو دخلها عيب آخر فى يده وفى

قيمة الولد وفاء بنقصان ذلك العيب لم يكن الولد جابرا لذلك النقصان . وشبه هذا بمن قطع قوائم شجرة انسان فنبت مكانهـا أخرى لم يسقط الضمان عن القاطع بما نبت لان النابت ملك المضمون له بخلاف مالو قطعت يدها فأخـذ الغاصب الارش فردها مع الارش لان الارش ما تولد من ملك المضمون له فيمكن أن يجعل مؤديا للضمان به وبخـلاف مالو قلع سنها فنبت مكانها أخرى أوصارت مهزولة ثم سمنت لان هناك انعدم سبب الضمان لان السبب افساد المنبت لا مجرد القلع وقد تبين أنه ما أفسد المنبت ولهذا لو كان نبات السن بعـد الرد لم يجب على الغاصب شيء أيضا وهنا السبب وهو النقصان قائم مشاهد والولد لا يصلح أن يكون قائما مقام ذلك النقصان . ألا ترى أن الوفاء بقيمته لو حصل بعد الرد لم يتخير به فـكذلك قبله * وحجتنا في ذلك ان سبب الضمان منعـدم هنا حكما والثابت حكما كالثابت حسا أو أقوى منه . وبيان ذلك أن الولد خلف عن الجزء الفائت بالولادة بطريق اتحاد السبب وهو ان الولادة أوجبت فوات جزء من ماليـة الاصل وحدوث مالية الولد لان الولد وان كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا بل كان عيبا في الام أو كان وصفا لها وانما صار مالا مقصودا بعد الانفصال والسبب الواحـد متى أثر في النقصان والزيادة كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع وأدخل الثمن في ملـكه كان الثمن خلفا عن مالية المبيع له باتحاد السبب حتى لو شهد الشاهدان عليه ببيع شيء بمثل قيمته ثم رجعا لم يضمنا شيئا وكذلك الارش خلف عن مالية اليد المقطوعة باتحاد السبب فكما ينعدم النقصان اذا رد ذلك الجزء بعينه بأن غصب بقرة فقطع جزأ منها ثم رد ذلك الجزء مع الاصل فـكذلك ينعدم النقصان برد الخلف لان الخلف عن الشيء يقوم مقامه عند فواته والدليل عليه فصل السمن والسن فان الحادث هناك يجعل خلفا عن الفائت باتحاد المحل لانه حادث في محل النقصان وتأثير السبب في الخلافة أكثر من تأثير المحل فاذا جعـل باتحاد المحل هناك الحادث خلفا عن الفائت حتى ينعدم به سبب الضمان فهذا أولى . وبهذا ظهر الجواب عن كلامه فانا لا نجعل الغاصب مؤديا للضمان برد الولد ولـكن نبرئه بانعدام سبب الضمان فانما ينعدم سبب الضمان برد ملك المغصوب منه فيكون المردود ملكه يقرر هذا المعنى ﴿فان قيل﴾ كيف يستقيم هذا والولد يبقى ملكا للمغصوب منه بعد انعدام النقصان ﴿قلنا﴾ لانه في الملك لم يكن خلفا انما كان مملوكا له بكونه متولدا من ملـكه وذلك باق وانما

كان خلفا في حكم الانجبار فلا جرم بعد ارتفاع النقصان لا يكون الولد جابرا للنقصان وهو كالتراب خلف عن الماء في حكم الطهارة لا في الملك فبعد وجود الماء يبقى التراب مملوكا له ولا يكون خلفا في حكم الطهارة (واذا) ثبت هذا فيما اذا كان في قيمة الولد وفاء بالنقصان عند الولادة فكذلك اذا صار فيه وفاء بعد الولاد قبل الرد لان حكم الخلافة باتحاد السبب لما انعقد فيه فالحادث فيه بعد انعقاد السبب يلتحق بالموجود وقت السبب كالزوائد في المبيع بعد البيع قبل القبض تلتحق بالموجود وقت العقد ولكن هذه الخلافة في حكم الانجبار ليكون رد الخلف كرد الاصل وهذا ينتهي بالرد فالزيادة فيه بعد الرد لا تجعل كالموجود عند السبب لهذا كالزيادة في المبيع بعد القبض لا تعتبر في انقسام الثمن فأما في السن يتبين انعدام سبب الضمان من حيث ان الحادث خلف عن الفائت باتحاد المحل من حيث الظاهر ومن حيث المعنى عدم افساد المنبت وذلك يتحقق بعد الرد كما يتحقق قبله * ويوضحه أن هناك لا يشترط لايجاب الضمان بالقلع كون الاصل في ضمانه عند القلع فكذلك لا يشترط لانعدام السبب بالنبات بقاء الاصل في ضمانه بخلاف ما نحن فيه وفي قطع قوائم الشجرة الواجب ضمان عين ما ذهب به القاطع وهو الجزء المقطوع وذلك لا ينعدم بنبات مثله . ثم النبات هناك ليس بسبب القطع بل ببقاء الشجرة الخضرة النامية والانجبار بحكم اتحاد السبب على ما قررنا * فان ماتت الام وبالولد وفاء بقيمتها ففي هذه المسئلة ثلاث روايات روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه يبرأ برد الولد لان وجوب الضمان على الغاصب لجبران حق المغصوب منه وذلك حاصل بالوفاء في قيمة الولد وروى عنه أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان يكون بسبب الولادة فأما موت الام لا يكون بسبب الولادة ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان منجبراً بالولد فكذلك اذا رد قيمتها (وفي) ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب كاملة لوجهين (أحدهما) انها لما ماتت تبين ان الولادة كانت موتا من أصله كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلا من أصله لا أن يكون جرحا ثم قتلا بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا يكون موجباً للزيادة وهذا بخلافه بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هناك لم يكن الولد جابراً للنقصان بالولادة ولا قائما مقام الام لانا نجعل اتحاد السبب كاتحاد المحل وهناك يتصور أن يكون الحادث خلفا عن الفائت اذا كان الفائت بعض الاصل

كالسمن والسن لا ما اذا كان الفائت جميع الاصل فكذلك بسبب اتحاد السبب يجعل الحادث خلفاً عن الفائت اذا كان الفائت بعض الاصل لاما اذا كان الفائت كله لان الحادث تبع والتبع لا يقوم مقام الاصل انما يقوم مقام تبع مثله * يوضحه أنه لما ضمن الاصل من وقت الغصب ملك الاصل بالضمان من ذلك الوقت وتبين ان النقصان حادث على ملكه فلا حاجة الى ما يجبره بخلاف ما اذا رد الاصل فالحاجة الى رد جابر النقصان هنا متقرر وباعتبار هذه الحاجة يجعل الولد خلفا فى حكم الانجبار به ﴿ قال ﴾ واذا جاء المغصوب منه يدعى جاريته فى يد الغاصب وهو منكر فأقام شاهداً أنها جاريته غصبها هذا اياه وأقام شاهداً آخر على اقرار الغاصب بذلك لم يجز لانهما اختلفا حين شهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل اذ الفعل غير القول وبشهادة الواحد لا يثبت واحد من الامرين ٠ وكذلك لو شهد أحدهما بالملك له وشهد الآخر على اقرار الغاصب له بالملك لان المشهود به مختلف وليس على واحد من الامرين شهادة شاهدين وان شهدا له بالملك وزاد أحدهما ذكر الغصب فالشهادة جائزة لانهما اتفقا فى الشهادة على الملك للمدعى وتفرد احداهما بالشهادة بالغصب على المدعى عليه فيقضي القاضي بما اتفقا عليه وان شهد احدهما انها جاريته وشهد الآخر انها كانت جاريته قضيت بها له لانهما اتفقا في المشهود به وهو الملك للمدعى لان ما كان له فهو باق على ملكه أبداً حتى يخرجه من ملكه بحق ولم يظهر سبب ذلك فعرفنا ان كل واحد منهما شهد له بالملك فى الحال * وان شهد احدهما أنها جاريته اشتراها من فلان وشهد الآخر انها جاريته ورثها عن أبيه لم يجز لان احدهما شهد له بملك هو أصل فيه مستفاد بسبب أحدثه وهو الشراء والآخر شهد له بملك هو خلف عن مورثه فيه وأحد الملكين متباين عن الآخر * ألا ترى أن الوارث يرد بالعيب على بائع مورثه ويصير مغروراً بشراء مورثه والمشترى لا يرد على بائع بائعه ولا يصير مغروراً بسبب شراء بائعه (واذا) اختلف المشهود به حكما لم يتمكن القاضي من القضاء بشيء *وان شهد احدهما بالشراء من رجل والآخر بالشراء من رجل آخر أوبهبة أوصدقة لم تجز الشهادة لاختلافهما فى المشهود به وهو السبب اما لان الصدقة والهبة غير الشراء أو لان الشراء من زيد غير الشراء من عمرو٠ وان شهدا أنها جاريته غصبها اياه هذا وقد باعها الغاصب من رجل فسلم رب الجارية البيع بعد ذلك قال يجوز لان البيع انعقد من الغاصب موقوفا على اجازة المالك فان من أصلنا أن ماله مجيز

حال وقوعه يتوقف علي الاجازة وان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولكن الشرط لتمام العقد بالاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود عليه والمجيز وذلك كله باق هنا (وقد) ذكر فى النوادر أن المدعى اذا طلب من القاضى أن يقضي له بالملك ففعل لم يكن له أن يجيز البيع بعد ذلك لانه طلب من القاضي أن يقرر ملكه وذلك يتضمن دفع السبب المزيل فيجعل ناسخا للبيع بهذا. وجه ظاهر الرواية ان الملك لذى ظهر له بقضاء القاضي لايكون أقوى من ملك ظاهر له وذلك لايمنع انعقاد البيع موقوفا فلا يمنع بقاء البيع اذا ظهر بالقضاء بطريق الأولى فان كان الغاصب قد قبض الثمن فهلك عنده هلك من مال رب الجارية لان بنفوذ البيع صار الغاصب كالوكيل من جهته بالبيع بطريق ان الاجازة في الانتهاء كالاذن فى الابتداء وحق قبض الثمن الى الوكيل وهو أمين فيما يقبض. ألا ترى انه لو هلك عنده بعد الاجازة لم يضمن فكذلك اذا هلك قبل الاجازة ولايشترط لنفوذ العقد بالاجازة بقاء الثمن لان الثمن معقود به ولا يشترط وجوده في ملك المشتري لصحة البيع بعد ابتداء فكذلك لايشترط بقاؤه لنفوذ البيع بالاجازة وكل ماحدث للجارية عند المشترى من ولد أو كسب أو ارش جناية وما شابهها فهو للمشتري لان عند اجازته ينفذ البيع ويثبت الملك للمشترى من وقت البيع فان سبب ملكه هو العقد وكان تاما فى نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك به للمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع ذلك بالاجازة ثبت الملك له من وقت السبب لان الاجازة في الانتهاء كالاذن فى الابتداء * فتبين ان الزوائد حدثت على ملكه وان لم يسلم المبيع وأخذها أخذ جميع ذلك معها لانه بقى ملكه مقررا فيها وانما يملك الكسب والارش والولد بملك الاصل فان أعتقها المشترى لم ينفذ عتقه قبل أن يجيز المالك البيع عندنا وقال) ابن أبى ليلي عتقه نافذ والغاصب ضامن قيمتها للمغصوب منه لان الاعتاق قبض بطريق الاتلاف فانه ينعدم به محلية البيع كما بالاتلاف حقيقة فهناك الغاصب يضمن قيمتها وينفذ البيع بينه وبين المشترى اذا ضمن قيمتها فهنا كذلك اعتبارا للحكمى بالحقيق. ولكنا نقول حصول القبض والاتلاف بنفوذ العتق لا بالتكلم به وشرط نفوذ العتق ملك المحل قال صلى الله عليه وسلم لاعتق فيما لايملكه ابن آدم والبيع الموقوف ضعيف فى نفسه فلا يثبت الملك به قبل الاجازة كالهبة قبل القبض فان الموهوب له لو أعتق الموهوب قبل أن يقبض لم يعتق ولا يصير قابضاً به فهذا مثله بخلاف الاتلاف فانه حسي يتحقق في الملك

وغير الملك ولا نقول المشترى بالاتلاف يصير مالكا متى كان للمغصوب منه أن يضمن المشترى ان شاء فان أجاز المغصوب منه البيع بعد ما أعتق المشترى الجارية جاز البيع ولم ينفذ عتق المشتري في القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وفى الاستحسان ينفذ عتقه وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هكذا يرويه محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة (قال) أبو سليمان وكنا سمعنا من أبي يوسف روايته عن أبي حنيفة انه لا ينفذ عتقه * وجه القياس ان هذا عتق ترتب على عقد توقف نفوذه لحق المالك فلا ينفذ بنفوذ العقد كالمشترى بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف فانه متفق على جوازه ويتم بموت البائع وبسكوته حتى تمضى المدة * والبيع الموقوف مختلف فى جوازه وهو يبطل بموت العاقد وبموت المالك ولا يتم بدون الاجازة لان هذا العتق توقف على اجازة مالك ظاهر الملك فان المالك لو اجاز العتق عن نفسه عتق من جهته فلا ينفذ من جهة من يحدث له بالملك كالمشترى من المكره اذا أعتق قبل القبض ثم رضي المكره بالبيع لم ينفذ عتق المشترى * يوضحه أن البيع والعتق توقفا على اجازة المالك ثم لو أجاز العتق بطل البيع فكذلك لو أجاز البيع يبطل العتق لما بينهما من المنافاة فى حقه . والدليل عليه ان الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه والملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشترى هنا حتى ينفذ بيعه لو كان باعه هناك ولا ينفذ بيع المشترى هنا لو كان باعه ثم هناك لم ينفذ عتقه فهنا أولى. وكذلك لو كان المشترى من الغاصب أعتق ثم ان المالك ضمن الغاصب حتى نفذ بيعه لم ينفذ عتق المشتري فكذلك اذا نفذ البيع باجازة المالك * وجه الاستحسان ان هذا عتق ترتب على سبب ملك تام فينفذ بدون السبب بالاجازة كالوارث اذا أعتق عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين ثم يسقط الدين أو المشتري من الوارث اذا فعل ذلك * وتقرير هذا الكلام ان العقد الموقوف سبب تام فى نفسه وانعقاده بكلام المتعاقدين ولهما ولاية على أنفسهما فاذا أطلقا العقد انعقد بصفة التمام لان الممتنع ما يتضرر به المالك وكما لا ضرر على المالك بانعقاد السبب لا ضرر عليه فى تمام السبب لانه ليس من ضرورة اتمام السبب اتصال الحكم به فقد يتراخى عنه لان الاسباب الشرعية لا تنعقد خالية عن الحكم ولكن يجوز أن يتأخر الحكم عن السبب والضرر على المالك فى اثبات الملك للمشترى لان من ضرورته زوال ملكه فيتأخر ذلك الى وقت الاجازة ويبقى السبب تاما والدليل عليه ان الاشهاد على

النكاح يعتبر وقت العقد لا عند الاجازة والنكاح ينعقد مع التوقف وما يمنع تمام السبب فالنكاح لا يحتمله كخيار الشرط. والدليل عليه ان الغاصبين اذا تصارفا وتقابضا وافترقا ثم أجاز المالكان فمحمد يوافقنا انه يجوز وما يمنع تمام السبب لا يكون عفوا فى الصرف بعد الافتراق كخيار الشرط والدليل على تمام السبب انه يملك المبيع عند الاجازة بزوائده المنفصلة والمتصلة (واذا) ثبت ان السبب تام فنقول العتق قبض حتى ان المشترى اذا أعتق المبيع قبل القبض يصير قابضاً والقبض بعد تمام السبب يتوقف بتوقف السبب وينفذ بنفوذه كالقبض الحقيقى فى المبيع أو الثمن والدليل عليه ان رجلا لو قال للغاصب أعتق هذا العبد عنى بالف درهم فأعتقه ثم أجاز المالك نفذ بالاجازة العتق والبيع جميعاً فهذا مثله بل أولي لان سبب الملك هناك مضمر وهنا مفصح به ولا وجه لمنع هذا فانه لو التمس هذا من المالك فأجابه اليه كان نافذاً فكذلك اذا التمس من غير المالك فأجابه اليه وأجازه المالك وهذا بخلاف البيع بشرط الخيار لان السبب هناك غير تام فان قوله على انى بالخيار مقرون بالعقد نصاً وتعليق العقد بالشرط يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط ولهذا لم يجز البيع قياسا لانه أدخل الشرط على السبب وفى الاستحسان يجعل الشرط داخلا على حكم السبب فينعقد أصل العقد ويكون فى حق الحكم كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبله ألا ترى انه لو قال اذا جاء عبدى فلله علي ان أتصدق بدرهم فتصدق به اليوم لا يجوز بخلاف ما لو قال لله علي ان أتصدق بدرهم غدا فتصدق به اليوم يجوز فعرفنا ان التوقف لا يمنع تمام السبب والتعليق بالشرط يمنع منه يوضح الفرق ان فى العقد الموقوف يثبت ملكا يليق بالسبب وهو الملك الموقوف لان هذا القدر لا يزيل ملك المالك ولا يتضرر به فانما ترتب علي ملك موقوف فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفوذه فأما الشرط في مسألة الخيار كما يمنع الملك التام يمنع الملك الموقوف فلم يترتب عتق المشترى علي ملك في المحل أصلا ومسئلة المكره قد منعها بعض أصحابنا رحمهم الله (والاصح) ان نقول بيع المكره فاسد ولهذا لو أعتقه المشترى بعد القبض ينفذ عتقه والبيع الفاسد قبل القبض ضعيف غير تام فى حكم الملك كالهبة قبل القبض فلا يثبت به ملك تام ولا موقوف فى المحل فلهذا لا ينفذ عتقه وعتق المشترى مخالف لبيعه لان البيع ليس بقبض ألا ترى انه لو باع المبيع قبل القبض لا يصير به قابضا وانما يتوقف بعد تمام السبب ما هو من حقوقه والعتق من حقوقه

من حيث انه قبض ومن حيث ان الشراء موجب وهو شراء القريب فانه اعتاق بخلاف البيع . يوضحه ان البيع قاطع للملك والعتق منهى له ألا ترى ان المشترى لو باع المبيع ثم اطلع على عيب به لا يرجع على بائعه بحصة العيب من الثمن بخلاف مالو أعتقه فلكون العتق منهيا للملك يتوقف بتوقف الملك حتى اذا تم انتهى به والبيع لكونه قاطعا للملك لايجوز أن يتوقف بتوقف الملك وهذا بخلاف مالو أجاز المالك العتق لانه باجازة العتق عن نفسه يبطل محل البيع فلا يمكن تنفيذ البيع به وباجازة البيع يتقد محل العتق للمشترى وهو المالك فينفذ العتق من جهته وهذا بخلاف الغاصب اذا أعتق ثم ضمن القيمة لان المستند له حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفى لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وهذا الثابت للمشترى من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المنفصلة والمتصلة . فأما اذا أعتقه المشترى ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب فالاصح أنه ينفذ العتق أيضاً هكذا ذكر هلال رحمه الله فى كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وبعد التسليم يقول هناك المشترى يملكه من جهة الغاصب وقد بينا أنه لايستند للغاصب حقيقة الملك فكيف يستند لمن يملك من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وهنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد بالطريق الذى قلنا فلهذا نفذ عتقه * وان ماتت الجارية في يد المشترى ثم أجاز المالك البيع لم يتم لان اجازته انما تصح في حال يصح اذنه بالبيع وبعد الموت لايصح اذنه بالبيع ولان الملك للمشتري يثبت عند الاجازة مقصوداً بسببه وان كان يستند الى وقت العقد والميت لا يحتمل التمليك مقصوداً بسببه . وان لم يمت ولم يسلم رب الجارية البيع ولكن الغاصب اشتراها منه لم يجز البيع الاول لان اقدام المالك على بيعها من الغاصب ابطال منه للبيع الاول ولانه لا يمكن تنفيذ البيع الاول من الغاصب بهذا الشراء لان الملك له حادث والبيع الموقوف اذا تم أوجب الملك للمشترى من وقت العقد ولانه ماتوقف على حقه ولم يوجد منه الرضا بتمليك المشترى عليه فلهذا لايصح البيع الاول بعد شراء الغاصب وكذلك ان أجازه لانه قد طرأ ملك نافذ على ملك موقوف فكان مبطلا للموقوف اذ لايتصور اجتماعهما في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة وكذلك لو وهبها مولاها للغاصب أو تصدق بها

عليه أو ماتت فورثها منه فهذا كله مبطل للملك الموقوف بطريان الملك النافذ في المحل
﴿ رجل ﴾ غصب من رجل جارية فغيبها فأقام المغصوب منه البينة انه قد غصب جارية
له فانه يحبس حتى يجيء بها ويردها على صاحبها (وكان) أبو بكر الاعمش رحمه الله
يقول تأويل هذه المسئلة ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك لان الثابت من
اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة فأما الشهادة علي فعل الغصب لاتقبل مع جهالة المغصوب لان
المقصود اثبات الملك للمدعى في المغصوب ولا يتمكن القاضى من القضاء بالمجهول ولا بد
من الاشارة الى ماهو المقصود بالدعوى فى الشهادة ولكن الاصح أن هذه الدعوى والشهادة
صحيحة لاجل الضرورة فان الغاصب يكون ممتنعاً من احضار المغصوب عادة وحين يغصب
فانما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغاصب دون العلم بأوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم
بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب فى محل هو مال متقوم فصار ثبوت
ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به ولان وجوب الرد على الغاصب ثابت بنفس
الفعل وهذا معلوم من شهادتهم فيتمكن القاضي من القضاء به فلهذا يحبسه حتى يجيء بها
ويردها على صاحبها . فان قال الغاصب قد ماتت أوقد بعتها ولا أقدر عليها تلوم القاضى
فى ذلك زمانا ولم يعجل بالقضاء بالقيمة لان بقضائه يتحول الحق من العين الى القيمة
وفيه نوع ضرر على صاحبها فعين الملك مقصود لصاحبها كماليتها وربما يتعلل الغاصب بذلك
لتسلم العين عند أداء القيمه فلهذا لايعجل بالقضاء بها وليس لمدة التلوم مقدار بل يكون ذلك
موكولا الى رأى القاضي لان نصب المقادير بالرأى لايكون (٢) وهذا التلوم اذا لم يرض
المغصوب منه بالقضاء بالقيمة له فأما اذا رضى بذلك أو تلوم له القاضى فلم يقدر على الجارية
فان اتفقا فى قيمتها على شيء أو أقام المغصوب منه البينة على مايدعى من قيمتها قضى له القاضى
بذلك وان لم يكن له بينة فالقول قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو
منكر لها فان استحلف فنكل كان نكوله بمنزلة اقراره بما يدعيه المالك وان حلف قضي
له بما أقر به الغاصب لان مازاد على ذلك انتفى عنه بيمينه مالم يقم المالك حجة عليه فان
ظهرت الجارية بعد ذلك فان كان القضاء بالقيمة بالبينة أو بالنكول أو بالاقرار من الغاصب
بما ادعى المالك فالجارية له لاسبيل للمغصوب منه عليها وان كان القضاء بالقيمة بزعم الغاصب
بعد مايحلف يخير المغصوب منه فان شاء استردها ورد ما قبض على الغاصب وان شاء

أمسك تلك القيمة ولا سبيل له عليها . قال الكرخي رحمه الله هذا اذا كانت قيمتها بعد ماظهرت أكثر مما قال الغاصب فأما اذا كانت قيمتها مثل ماقال الغاصب فلا خيارله في استردادها لانه يوفر عليه بدل ملكه بكماله . وفى ظاهر الرواية الجواب مطلق وهو الصحيح لانه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن العين اذا لم يعط ما يدعيه من القيمة وثبوت الخيار له لانعدام تمام الرضا من جهته وذلك لا يختلف باختلاف قيمتها فقد لا يرضي الانسان بزوال العين عن ملكه بقيمته وهذا كله مذهبنا . أما عند الشافعي رحمه الله تعالى فالجارية باقية على ملك مولاها فيستردها اذا ظهرت ويردما قبض من القيمة (وبعض) المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله يقول سبب الملك عندنا تقرر الضمان على الغاصب لكيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد وهو معنى قولهم المضمونات تملك بالضمان ولكن هذا غلط لان الملك عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا نفذ بيع الغاصب وسلم الكسب له (وبعض) المتأخرين رحمهم الله يقول الغصب هو السبب الموجب للملك عند أداء الضمان وهذا أيضا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد .ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان اذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشترى المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا فى هذه العبارة بعض الشنعة فالغصب هو عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ولا يصح أن يجعل العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ماهو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الي الشرع فالاسلم أن يقول الغصب موجب رد العين ورد القيمة عند تعذر رد العين بطريق الجبران مقصوداً بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة لا حكما ثابتا بالغصب مقصوداً ولهذا لايملك الولد لان الملك كان شرطاً للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس يتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الزيادة المتصلة فانه تبع محض والكسب كذلك بدل المنفعة فيكون تبعا محضا وثبوت الحكم في التبع كثبوته في الاصل سواء ثبت فى المتبوع مقصودا بسببه أو شرطاً لغيره .وجه قول الشافعي رحمه الله الاستدلال بقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فالله تعالى جعل أكل مال الغير قسمين قسم بالباطل وقسم بالتجارة عن تراض وهذا

ليس بتجارة عن تراض فيكون أ كلا بالباطل والمعنى فيه ان الغصب عدوان محض لانه ليس فيه شبهة الاباحة بوجه ما فلا يكون موجبا للملك كالقتل . وتأثيره ماقلنا ان الملك حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا والعدوان المحض ضد المشروع فأدنى درجات المشروع أن يكون مرضياً به وأن يكون مباحاً والعدوان المحض ضده ولا يجوز أن يثبت الملك بضمان القيمة لان هذا ضمان جبران فيكون بمقابلة الفائت بالغصب والفائت بالغصب يد المالك لاملكه * فعرفنا ان هذا الضمان بمقابلة النقصان الذى حل بيد الغاصب لا أن يكون بدلا عن العين ولهذا قلتم لو هشم قلب فضة لانسان وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم افترقا من غير قبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلا عن العين كان صرفا فيبطل بالافتراق من غير قبض ولما ثبت ان هذا الضمان بطريق الجبران فلا يكون الجبران بتفويت ماهو قائم بل هو باحياء ماهو فائت وملكه في العين كان قائما فلو جعلناه زائلا بالقضاء بالقيمة له كان هذا تفويتا لاجبرانا ولو كانت القيمة بدلا عن العين فهو خلف يصار اليه عند وقوع اليأس عن رد العين ومثل هذا الخلف يسقط اعتباره عند ظهور العين كما لو قلع سن انسان فاستؤنى به حولا كاملا ثم قضى له بالارش فقبض ثم نبت سنه يلزمه رد المقبوض من الارش بهذا المعنى واعتمادهم على فصل المدبر . وبهذا يتضح جميع ما قلنا فان الغصب يتحقق في المدبر وسبب الملك عندكم لايتحقق في المدبر وبقضاء القاضي بالقيمة لايزول عن ملكه ولو كان شرط القضاء بالقيمة انعدام ملكه في العين أو كانت العين بدلا عن العين لما قضى القاضي بها في محل لا يتحقق فيه هذا الشرط وان تم بقضاء القاضي ينبغي أن يزول ملكه عن المدبر كما لو قضى بجواز بيع المدبر * وحجتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشاة المغصوبة المصلية أطعموها الاسارى فقد أمرهم بالتصدق بها ولو لم يملكوها لما أمرهم بالتصدق بها لان التصدق بملك الغير اذا كان مالكه معلوما لايجوز ولكن يحفظ عليه عين ملكه فان تعذر ذلك يباع ويحفظ عليه ثمنه . والمعنى فيه أن الغصب الموجب للضمان مختص بمحل هو مال متقوم فيثبت الملك به اذا أمكن كالبيع والصلح * وبيان الوصف أن غصب الحر لايتحقق موجبا للضمان لانه ليس بمال وكذلك غصب الخمر من المسلم لانه غير متقوم وتأثيره ان اختصاص السبب بمحل لايكون إلا لاختصاصه بحكم يختص بذلك المحل فالمحل الذى هو مال متقوم يختص بصحة التمليك فيه فلما اختص الغصب الموجب للضمان به عرفنا أنه انما اختص بهذا الحكم فان الفعل الذى

هو عدوان محض وازالة اليد المحترمة لاتختص بمحل هو مال متقوم . ثم حقيقة المعنى ان الضمان الواجب علي الغاصب بدل العين . ألا ترى انه يقوم العين به وأنه يسمى الواجب قيمة العين ويتقدر بمالية العين ولان الضمان بمقابلة ماهو المقصود ومقصود صاحب الدراهم عين الدراهم لا امتلاء كيسه بها فعرفنا أن الضمان بدل العين وانما يقضى بها جبرانا والجبران يستدعى الفوات لامحالة لانه انما يجبر الفائت دون القائم فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين انعدام ملكه في العين فيكون جبرانا لما هو فائت ومالايمكن اثباته الا بشرط فاذا وقعت الحاجة الي اثباته يقدم شرطه عليه لامحالة كما اذا قال لغيره أعتق عبدك عنى علي ألف درهم فاعتقه يقدم التمليك منه علي نفوذ العتق منه ضرورة كونه شرطا في المحل الا أن يكون قوله أعتقه عنى سببا للتمليك مقصوداً * اذا تقرر هذا تبين أنه انما يثبت بالعدوان المحض ماهو حسن مشروع به وهو القضاء بالقيمة جبرانا لحقه في الفائت ثم انعدام الملك في العين لما كان من شرطه هذا المشروع يثبت به ويكون حسنا بحسنه ولهذا لا يشترط التقابض لان شرط التقابض فيما هو سبب للملك مقصوداً الا فيما يثبت شرطا لغيره كما لا يشترط القبول في قوله أعتق عبدك عنى على ألف درهم لان شرط القبول في سبب ملك مقصود لافيما هو شرط لغيره ولهذا قلنا ان المغصوب وان كان هالكا عند القضاء بالقيمة يصير مملوكا للغاصب لان الهالك مما لا يقبل التمليك مقصوداً بسببه لا شرطاً لغيره وكذلك نقول اذا أخذ القيمة بزعم الغاصب فالعين لا تبقى علي ملكه ولكن يتخير عند ظهوره لعدم تمام الرضى به كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا (فاما) المدبر ففى تخريجه طريقان * أحدهما ان هناك لا نقول ببقاء العين على ملكه بعد تقرر حقه في القيمة بل يجعل زائلا عن ملكه لتحقيق هذا الشرط ولهذا لو لم يظهر المدبر بعد ذلك وظهر له كسب فذلك الكسب يكون للغاصب دون المغصوب منه الا انه اذا ظهر المدبر يعاد اليه صيانة لحق المدبر فان حق العتق ثبت له بالتدبير عندنا * الثانى أن في المدبر القيمة ليست ببدل عن العين لان ماهو شرطه وهو انعدام الملك في العين متعذر فى المدبر فيجعل هذا خلفا عن النقصان الذى حل بيده ولكن هذا عند الضرورة ففى كل محل يمكن اتحاد الشرط لا تتحقق الضرورة فيجعل بدلا عن العين واذا تعذر اتحاد الشرط يجعل خلفا عن النقصان الذى حل بيده * ونظيره فصلان . أحدهما ضمان العتق فانه بمقابلة العين في كل محل يمكن اتحاد الشرط وهو تمليك العين وفيما لا يحتمل

اتحاد هذا الشرط كالمدبر وأم الولد عندهم لايجعل بدلا عن العين وكذلك ضمان الصلح فانه اذا أخذ القيمة بالتراضي كان المأخوذ بدلا عن العين في كل محل يحتمل تمليك العين وفي كل محل لايحتمل تمليك العين يجعل المأخوذ بمقابلة الجناية التي حلت بيده وكذلك اذا أخذ القيمة بقضاء القاضي وفيما تلي من الآية بيان أن الا كل بالتجارة عن تراض جائز لا أن يكون الجواز مقصودا عليه ثم معنى التجارة عن تراض يندرج هنا من وجه فان المالك هنا متمكن من أن يصبر حتى تظهر العين فيأخذها فحين طالب بالقيمة مع علمه أن من شرطه انعدام ملكه في العين فقد صار راضياً بذلك لان من طلب شيئاً لايتوصل اليه الا بشرط كان راضياً بالشرط كما يكون راضياً بمطلوبه ﴿ رجل ﴾ غصب من رجل جارية فوطئها فولدت منه ثم حضر صاحبها فادعاها ولم يكن له بينة فأقر له بها ذو اليد لم يصدق عليها ولا على ولدها لان حق أمية الولد لها وحقيقة الحرية للولد تثبت من حيث الظاهر فان من في يده شئ فالظاهر انه ملكه ولهذا لو نازعه غيره فيه كان القول قوله فلايصدقه في إبطال حقهما ولكنه مصدق فيما يقر به على نفسه وقد أقر أنها كانت مغصوبة في يده وأنه ضامن لقيمتها عند تعذر رد عينها وقد تعذر رد العين بفعله فلهذا يلزمه قيمتها للمقر له ﴿ قال ﴾ ولا يضمن قيمة الولد ولم يتعرض للعقر وذكر المسئلة في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله على ان قول زفر يضمن قيمة الولد والعقر وعلى قول أبي يوسف لايضمن ذلك . وجه قول زفر انه أقر بوجوب العقر عليه لانه يزعم أنه وطئها وهي مغصوبة في يده والوطء في ملك الغير لاينفك عن حد أو عقر وقد سقط الحد بشبهة فيجب العقر وكذلك إن أقر أن الولد ملك المقر له وقد احتبس عنده بفعله كالام فيضمن قيمته لان الغاصب يضمن قيمة الولد بالمبيع أو يجعل هذا بمنزلة المغرور وولد المغرور حر بالقيمة وعلى المغرور عقرها للمستحق فهذا مثله . وجه قول أبي يوسف ان مايلزمه من الضمان انما يلزمه باقراره وهو ما أقر بوجوب العقر عليه انما أقر بوجوب الحد عليه لان وطء الجارية المغصوبة يوجب الحد على الغاصب دون العقر وكذلك ولد المغصوبة لايكون مضمونا على الغاصب الا بمنع منه ولم يوجد ذلك منه في الولد وانما امتنع رده لحريته شرعا فهو كما لو امتنع رده بموته فعرفنا انه ما أقر على نفسه بوجوب العقر ولا بوجوب قيمة الولد فلايلزمه ذلك فان كان المدعي أقام البينة انها جاريته غصبها هذا منه قضي له بها وبولدها لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولم يذكر العقر

وينبغي أن يقضى له بالعقر لان ذا اليد لما أنكر فقد صار انكاره شبهة في اسقاط الحد عنه وقد أثبت بالبينة أنه وطئ ملك الغير فيلزمه العقر فان لم يقل الشهود غصبها ولم يقر الذى هى في يديه ولكنه قال اشتريتها من فلان فاردت أن يقضى بالجارية للذى أقام البينة هل يستحلفه بالله ما بعته ولا أذنت له فيه ولم يدع ذو اليد شيئا من ذلك ﴿قال﴾ لا استحلفه على شئ من ذلك إلا أن يدعي الذى هى في يديه لان القاضي نصب لفصل الخصومات لا لتهييجها ولان الاستحلاف يترتب علي دعوى صحيحة فان لم يدع ذو اليد ذلك فلا معنى للاستحلاف واذا ادعاه فحينئذ يستحلف لأنه يدعى عليه مالو أقر به لزمه (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله ان القاضي يستحلفه وان لم يطلب ذو اليد ذلك صيانة لقضاء نفسه . وان أقام الذى هى فى يديه البينة على تسليمه المبيع أخذ رب الجارية الثمن من البائع لان الثابت بالبينة كالثابت بالمداينة ولان اجازة البيع في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء فان تصادق الأول والجارية على انه كان أعتقها قبل هذا البيع لم يصدقا علي ذلك لانها صارت مملوكة للمشتري بما أثبت من البيع واجازة المالك بالبينة فلا يصدقان على ابطال ملكه ولكن ان أقامت الجارية البينة ان الأول كان أعتقها قبل أن يشتريها هذا فانها تعتق لانها أثبتت حريتها باعتاق من كان يملكها بالحجة ثم يتبين بطلان البيع فيرجع المشترى علي البائع بالثمن وعلى المشترى العقر للجارية لانه وطئها بشبهة الملك وهى حرة والولد ولده بغير قيمة لان الولد يتبع الام فى الحرية وقد ثبتت حريتها بالبينة فينفصل الولد عنها حراً بذلك السبب لا بالغرور فلهذا لا يغرم قيمة الولد *ولو اشترى جارية فولدت له ثم جاء أخوه فأقام البينة ان الجارية له قضيت بها له وبقيمة الولد والعقر لان حرية الولد هنا بسبب الغرور لا بسبب ملك الاخ لانه انما يعتق ابن الاخ على عمه بعد تملكه وهنا الولد كان حر الاصل فلم يدخل فى ملك المدعى حتى يجعل عتقه بسبب القرابة * واذا ثبت أن حرية الولد بسبب الغرور فولد المغرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما ويرجع المشترى على البائع بالثمن وقيمة الولد لاجل الغرور ولا يرجع بالعقر لانه انما لزمه بما نال من لذة الوطء فلا يرجع به على غيره ﴿ رجل ﴾ غصب جارية أو شاة أو بقرة فولدت ولداً ثم ذبح الولد أو باعه أو استخدمه حتى اذا مات من ذلك فعليه ضمان قيمته يوم مات لان الولد كان أمانة عنده وقد أتلفه بالذبح أو الاستخدام حتى مات منه وصار متعديا عليه بالبيع

والتسليم فيضمن قيمته كالمودع اذا فعل ذلك بالوديعة وان لم يصنع شيئاً من ذلك ولكن الام ماتت فله أن يضمنه قيمة الام يوم غصبها ويأخذ الاولاد لان الملك في الام يثبت للغاصب شرعا لتقرر الضمان عليه وذلك غير متعد الى الولد فان الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة لان أصل السبب للضمان هو الغصب ووجوبه حقيقة بعد موت الام فأما قبل موتها الواجب رد العين فالملك يثبت به كذلك وتبين ان وقت الغصب انما يثبت له حكم الملك لا حقيقة الملك وذلك يكفي لسلامة الكسب دون الولد كحكم الملك الثابت للمكاتب بالكتابة حتى ان كسبه لا يكون مملوكا للمولى وولده يكون مملوكا له ينفذ عتقه فيه ﴿ رجل ﴾ غصب جارية قيمتها ألف درهم فصارت قيمتها ألفين ثم قتلها رجل خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ألف درهم في ماله حالا وان شاء اتبع عاقلة القاتل بألفي درهم في ثلاث سنين لان كل واحد منهما جان في حقه فله الخيار في التضمين فان ضمن الغاصب فانما يضمنه باعتبار الغصب فينظر الى قيمتها عند ذلك وضمان الغصب يجب حالا على الغاصب لان وجوبه باعتبار المالية ثم الغاصب يرجع على عاقلة القاتل بألفي درهم مؤجلا في ثلاث سنين لان الغاصب يملك بالضمان فيظهر أن القاتل جان على ملكه فلهذا يرجع على عاقلة القاتل بألفي درهم في ثلاث سنين أولان المالك لما ضمنه فقد أقامه مقام نفسه في الرجوع على عاقلة القاتل وهو لو اختار الرجوع عليهم أخذ منهم ألفي درهم قيمتها وقت القتل في ثلاث سنين لان الواجب باعتبار القتل بدل النفس فيكون على العاقلة مؤجلا فكذلك الغاصب يرجع عليهم بهذه الصفة ثم يسلم له مما يقبض ألف قدر ما ضمن ويتصدق بالالف الاخرى لانه حصل له بكسب خبيث وهو الغصب المتقدم ولانه ربح حصل لا على ملكه فيلزمه التصدق به كالربح الحاصل لا على ضمانه فان كانت قيمة الجارية يوم غصبها عشرة آلاف درهم ويوم قتلها القاتل كذلك فمولاها بالخيار ان شاء ضمن الغاصب عشرة آلاف درهم في ماله حالة بسبب الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل خمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم في ثلاث سنين بسبب القتل لان الواجب بهذا السبب بدل النفس وبدل نفس الامة لا يزيد على خمسة آلاف كبدل نفس الحرة وينقص للرق من ذلك عشرة دراهم وفي رواية خمسة فان ضمن الغاصب يرجع الغاصب علي عاقلة القاتل بخمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم اما لانه قائم مقام المغصوب منه أولانه ظهر أن جناية القاتل كانت علي ملكه فان كانت الجارية هي التي قتلت رجلا خطأ أخذها مولاها

ودفعها أو فداها لانها بعد الغصب باقية على ملك مولاها وموجب جناية المملوك أن يخير مولاها بين الدفع والفداء وأى ذلك فعل رجع على الغاصب بالاقل من قيمتها ومن الفداء لان ذلك انما لزمه بسبب كان منها في يد الغاصب وجنايتها فى ضمان الغاصب كجناية الغاصب عليها ولان الرد لم يسلم حين استحقت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب فكانه لم يردها فيرجع عليه بقيمتها الا ان يكون الفداء أقل من القيمة فحينئذ يرجع بالاقل لانه فى التزام الزيادة على الاقل مختار فانه كان يتخلص باختيار الاقل فان كانت ماتت عند الغاصب بعد الجناية أخذ المولى قيمتها من الغاصب بسبب الغصب فيدفعها الى أولياء الجناية لانها كانت مستحقة لهم بالجناية وقد فاتت واختلفت بدلا فيستحقون بدلها باستحقاقها واذا دفع القيمة اليهم رجع بها على الغاصب مرة أخرى لان المقبوض استحق من يده بسبب كان عند الغاصب ولان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استردها ودفعها بالجناية رجع على الغاصب بقيمتها فكذلك اذا استرد قيمتها ودفعها بالجناية ﴿ رجل ﴾ غصب دار رجل وسكنها فان انهدمت من سكناه أو من عمله فهو ضامن لذلك لانه متلف لما انهدم بفعله والاتلاف يتحقق في العقار كما فى المنقول وان انهدمت من غير عمله فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق عندهما فى العقار والحكم ينبنى على السبب وأصل المسئلة لان العقار لايضمن بالغصب في القياس وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهم الله وفى الاستحسان يضمن وهو قول أبي يوسف الاول ومحمد والشافعى رحمهم الله. حجتهم فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين فقد أطلق النبي صلى الله عليه وسلم لفظ الغصب على العقار وكذلك من حيث العرف يقال غصب دار فلان ومن حيث الحكم دعوى الغصب فى العقار تسمع حتى لا يندفع باقامة ذى اليد البينة على أن يده يد أمانة واذا ثبت أن الغصب يتحقق فيها يترتب عليه حكمه والمعنى فيه . أما الشافعى رضي الله تعالى عنه يقول العقار يملك بالاستيلاء يداً فيضمن بالغصب يداً كالمنقول * وبيان الوصف ان الغزاة اذا فتحوا بلدة يملكون عقارهم وتأثيره ما بينا على أصله أن حد الغصب التعدى باثبات اليد لنفسه على مال الغير بغير حق وذلك يتحقق في العقار والمنقول جميعا ومحمد يقول العقار يضمن بالعقد الجائز والفاسد فيضمن بالغصب كالمنقول وتحقيقه هو أن

وجوب ضمان الغصب يعتمد تفويت يد المالك بالنقل ولكن فيما يتأتى ذلك فيه فأما فيما لا يتأتى يقام غيره مقامه لاثبات الحكم وهو الاستيلاء بأقصى ما يمكنه بالسكنى واخراج المالك عنه كما ان شرط صحة الدعوى والشهادة الاشارة الى العين فى المنقول الذى يمكن احضاره ثم فى العقار لما تعذر ذلك يقام ذكر الحدود مقامه وشرط تمام الهبة القبض بعد القسمة فيما يتأتى فيه القسمة ثم فيما لا يحتمل القسمة تقام التخلية مقامه ولهذا سماه استحسانا ولا معنى لقولكم ان فعله في المالك هنا يمنعه من أن يدخل ملكه فيسكن لان ماهو المقصود بتفويت اليد وهو فوت منفعة الملك وثمراته عليه يحصل بهذا ويجوز اقامة فعله فى غير المضمون مقام فعله فى المضمون فى ايجاب الضمان كحافر البئر فى الطريق فعله فى الارض دون المار ثم يجعل ذلك قائما مقام فعله فى المار الواقع في البئر فى ايجاب الضمان عليه فهذا مثله أو أقوى منه * وحجتنا في ذلك الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم بين جزاء غاصب العقار الوعيد فى الآخرة ولم يذكر الضمان فى الدنيا فذلك دليل على أن المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا لكان الاولى أن يبين الضمان لان الحاجة اليه أمس واطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل علي تحقق الغصب فيه موجبا للضمان لان في لسان الشرع حقيقة ومجازا . ألا ترى أنه أطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حراً وهذا لا يدل على أن البيع الموجب لحكمه حقيقة يتصور فى الحر. وكذلك في عرف اللسان حقيقة ومجازا ألا ترى أنهم يطلقون لفظ السرقة على العقار كما يطلقون لفظ الغصب وقد ورد الشرع بذلك أيضا ثم لا يتحقق فى العقار السرقة الموجبة لحكمها على أنا نقول يتحقق أصل الغصب فى العقار ولكن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق لانه مما لا ينقل ولا يحول . وبيان هذا أن الضمان انما يجب جبرانا للفائت من يد المالك ولا يتحقق تفويت اليد عليه بفعل فى المال بدون النقل والتحويل لان يد المالك متى كانت ثابتة على ماله فى مكان تبقى مابقى المال في ذلك المكان حكما الا أن ينقله الى غيره بمباشرة سببه ومن حيث الحقيقة الغاصب وان سكن الدار فالمالك متمكن من أن يدخل فيسكن فان منعه فذلك فعل فى المالك لا في الملك وفعله فى المالك لا يفوت يده عن المال فلا يكون سببا للضمان كما لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه ولهذا لا يضمن المنقول بالتخلي به قبل النقل فكذلك العقار واقامة الشيء الآخر مقام السبب الموجب للحكم طريق فيما يأذن الشرع فيه أن يوجبه

الحكم فأما الغصب لا يأذن الشرع فيه والحكم يمنع منه فكيف يثبت باقامة غيره مقامه حكما ولكن ان صادف الفعل محلا يتحقق فيه يثبت حكمه وان صادف محلا لا يتحقق فيه لا يثبت الحكم كمن زنى برتقاء وأتى بما في وسعه من المعالجه لا يلزمه الحد وان قضى شهوته لان ماهو حد فعل الزنا لا يتحقق فى هذا المحل فلا يشتغل باقامة غيره مقامه ولا ينظر الى تحصيل المقصود وبه فارق ضمان العقد لان ذاك يوجبه الحكم فيجوز اثباته بطريق حكمي والعقد الفاسد معتبر بالجائز لان الفاسد لا يمكن أن يجعل أصلا فى معرفة حكمه فان الشرع لا يرد بالعقد الفاسد وكذلك ذكر الحدود في الدعوى والشهادة يجوز أن تقوم مقام الاشارة في التعريف لان ذلك مما يوجبه الحكم ويأذن فيه الشرع وكذلك القبض فى باب الهبة فان الشرع يأذن فيه فيصار الي ايجاده بطريق التمكن ولو كان ما قال محمد رحمه الله تعالي من اقامة الفعل فى المالك مقام الفعل فى المال صحيحا لكان الاولى أن يصار اليه في المنقول لان الحاجة الى حفظ المنقول باليد أظهر منه الى حفظ العقار ولا يوجب الضمان علي الحافر بالطريق الذي قال بل باقامة الشرط مقام السبب لما تعذر تعليق الحكم بالسبب وهو نقله فى نفسه ومسببه اذا كان لا يعلم والحافر أوجد شرط الوقوع بازالة السكة. واقامة الشرط مقام السبب عند تعذر تعليق الحكم بالسبب أصل فى الشرع والاتلاف بهذا الطريق يتحقق فأما هنا الفعل فى المالك ليس بشرط ولا سبب ولا يتحقق به تفويت اليد الثابتة حكما ألا ترى أن هناك مع ان الاتلاف يتحقق من الحافر بالمباشرة بان يلقيه في البئر يقام الحفر مقامه وهنا فيما يتأتى الفعل حقيقة لا يقام الفعل فى المالك مقام الفعل فى المال * ولا يدخل على هذا ما قاله فى الزيادات اذا وهب لرجل دارا بما فيها من الامتعة فهلكت الامتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ثم استحقت فللمستحق أن يضمن الموهوب له لان في جواب تلك المسئلة نظراً فقيل هو مذهب محمد وقيل لا يستقيم علي أصل محمد أيضا لانه يوافقنا فى المنقول انه لا يضمن قبل النقل وقد نص عليه فى السير الكبير (ثم) العذر ان الواهب نقل يده الى الموهوب له ويد الواهب في الامتعة كانت مفوتة ليد المالك فانتقلت بصفتها الى الموهوب له ﴿ فان قيل ﴾ أليس انه لو اشترى منقولا وحلى بينه فهلك قبل النقل ثم جاء مستحق فليس له أن يضمن المشترى وهذا المعنى موجود فيه ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك فالبيع يوجب الملك واليد للمشترى فلا يجعل يده كيد

البائع فأما الهبة لاتوجب التسليم الي الموهوب له فيستقيم أن يجعل الواهب بالتسليم محولا يده الى الموهوب له وبهذا الطريق للمالك أن يضمن غاصب الغاصب أيضا لانه حول الى نفسه يد الغاصب الاول وهى يد مفوتة ليد المالك فتحول اليه بصفته * وأشار فى الكتاب الى حرف آخر فقال ﴿ لو دخل دار رجل بغير اذنه فسقط منها حائط لم يضمن ولو ركب دابة فعطبت أو لبس ثوبا فاحترق كان ضامنا ﴾ ومعنى هذا أن العقار لو كان يضمن بالاستيلاء لكان يضمن باول أسبابه وهو الدخول كالمنقول ولكن عذر محمد عن هذا واضح لان الضمان انما يجب باثبات اليد بطريق الاستيلاء وذلك بالدخول لايحصل انما يحصل بالسكنى ألا ترى ان من ادعى دارا بالميراث فشهد الشهود ان أباه دخل هذه الدار فمات فيها لم يستحق بها شيئا ﴿ ولو شهدوا انه مات وهو ساكن هذه الدار استحق القضاء له بها لانهم يشهدون باليد للاب عند الموت ﴾ بخلاف الثوب والدابة فبمجرد الركوب واللبس تثبت يده حتى لو شهدوا ان أباه مات وهو لابس هذا الثوب أو راكب هذه الدابة استحق القضاء له بها وهذا لان الملبوس تبع للابس والمركوب تبع للراكب فظهر ان الاعتماد على الفصل الاول فان كان الغاصب للدار باعها وسلمها ثم أقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقراره فى حق المشترى باطل لان المشترى صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطال ملكه ثم لا ضمان على الغاصب للمالك فى قول أبى حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله لانه مقر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار . وقد ذكر في كتاب الرجوع من الشهادات أنهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقيل ذلك قول محمد رحمه الله لان تسليطهما الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم جميعا والفرق بين الفصلين لهما أن هناك اتلاف الملك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة علي الملك لنفسه لاتقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وهنا اتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم بل يعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة . ألا ترى أنه لو أقام البينة علي أنها ملكه قضي له بها فلهذا لايكون الغاصب ضامنا ولكن يدخل على هذا جحود الوديعة فان العقار يضمن بالجحود فى الوديعة وليس فيه اتلاف الملك حتى لو أقام المالك البينة قضى له بها والاصح أن يقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان

في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله ﴿رجل﴾ غصب عبدا أودابة فأجره وأصاب من غلته فالغلة للغاصب لان وجوبها بعقده وقد بيناه في كتاب اللقطة ولان المنافع لاتتقوم الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فاذا هو الذى جعل منافع العبد بعقده مالا فكان بدله له. وفى الاصل قال قلت ولم لايكون لصاحب العبد قال لانه كان في ضمان غيره وكانه أشار بهذا التعليل الي قوله صلي الله عليه وسلم الخراج بالضمان فحين كان فى ضمان الغاصب فهو الذى التزم تسليمه بالعقد دون المالك فكان الأجر له دون المالك ويؤمر أن يتصدق بها لانها حصلت له بكسب خبيث فان مات العبد فالغاصب ضامن بقيمته وله أن يستعين بتلك الغلة فى ضمان القيمة لانها ملكه وما فضل بعد ذلك تصدق به اعتباراً للجزء بالكل ﴿فان قيل﴾ القيمة دين فى ذمته ومن قضى بمال الصدقة دينه فعليه أن يتصدق بمثله ﴿قلنا﴾ نعم ولكن التصدق بهذا لم يكن حتما عليه . ألا ترى انه لوسلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك وليس علي الغاصب شيء آخر فهو بما صنع يصير مسلما الى المالك ثم يصير المالك مبرئا له عن ذلك القدر من القيمة بما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصدق بعوضه. وان كان الغاصب باع الدابة وأخذ ثمنها فاستهلكه وماتت الدابة عند المشترى فضمن رب الدابة المشتري قيمتها رجع المشترى علي الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه ثم لايستعين الغاصب بالغلة في أداء الثمن لان الخبث فى الغلة ما كان بحق المشترى فلا يزول بالوصول الي يده بخلاف الأول فان الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة الى يده ﴿قال﴾ الا ان يكون عند الغاصب مايؤدى به الثمن فلا بأس حينئذ أن يؤدى من الغلة لانه محتاج الى تفريغ ذمته وتخليص نفسه عن الحبس وحاجته تقدم على حق الفقراء فاذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غنى عنه وان كان محتاجاً يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك لان وجوب الضمان عليه باعتبار استهلاكه الثمن ولو استهلك الغلة مكان الثمن فان كان محتاجاً فليس عليه أن يتصدق بشيء منه وان كان غنياً فعليه ان يتصدق بمثله فكذلك في استهلاك الثمن وانما قلنا ذلك لان حق الفقراء فى هذا المال بمنزلة حقهم في اللقطة على معنى أن له أن يتصدق وله ان يردها على المالك ان شاء (ثم) الملتقط اذا كان محتاجاً فله ان يصرف اللقطة الى حاجة نفسه بخلاف ما اذا كان غنياً فكذلك حكم هذه الغلة وليس على

الغاصب فى سكنى الدار وركوب الدابة أجر *وعلل فقال (لانه كان ضامنا) ومعنى هذا ان ضمان العين باعتبار صفة المالية والتقوم والمالية والتقوم فى العين باعتبار منافعه ولهذا تختلف قيمة العين باختلاف منفعته فاذا اعتبرت المنفعة لايجاب ضمان العين لايمكن اعتبارها لايجاب ضمانها مقصوداً والمنفعة كالكسب وقد بينا فى الكسب ان الخراج بالضمان فكذلك فى المنفعة ولكن هذا التعليل يتقاعد فى الدار فان السا كن غير ضامن للدار عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله . والاصح بناء هذه المسئلة على الأصل المتقدم فان المنافع زوائد تحدث فى العين شيئاً فشيئاً وقد بينا أن زوائد المغصوب لا يكون مضموناعلى الغاصب عندنا ويكون مضمونا له عند الشافعى رضى الله عنه فكذلك المنفعةولان الغصب الموجب للضمان عنده يحصل باثبات اليد واليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين وعندنا لاتتحقق الا بيد مفوتة ليد المالك وذلك لايتحقق فى المنافع لانها لاتبقى وقتين فلا يتصور كونها فى يد المالك ثم انتقالها الى يد الغاصب حتى تكون يده مفوتة ليد المالك فلهذا لايضمن المنافع بالغصب عندنا * فأما الاتلاف فيقول عندنا المنافع لاتضمن بالاتلاف بغير عقد ولا شبهة عقد وعند الشافعى رضي الله تعالى عنه تضمن ومنفعة الحر فى ذلك سواء حتى لو استسخر حراً واستعمله عنده يضمن اجر مثله وعندنا يأثم ويؤدب على ماصنع ولكنه لايضمن شيئا*وجه قول الشافعى رضي الله تعالى عنه أن المنفعة مال متقوم فيضمن بالاتلاف كالعين وبيان الوصف ان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو عندنا والمنافع منا أو من غيرنا بهذه الصفة وانما تعرف مالية الشيء بالتمول والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها فان اعظم الناس تجارة الباعة ورأس مالهم المنفعة وقد يستأجر المرء جملة ويؤجر متفرقا لابتغاء الربح كما يشترى جملة ويبيع متفرقا وولى الصبي يستأجر له بماله فيصح منه وبهذا تبين ان المنافع فى المالية مثل الأعيان والمنفعة تصلح ان تكون صداقا وشرط صحة التسمية ان يكون المسمى مالا وهكذا يقوله فى منافع الحر انه مال يضمن بالاتلاف الا أنه اذا حبس حرا لايضمن منافعه لانه لم يوجد من الحابس اتلاف منافعه ولااثبات يده عليه بل منافع المحبوس فى يده كثياب بدنه وكما لايضمن ثياب بدنه بالحبس فكذلك منافعه ولئن لم تكن المنفعة مالا فهى متقومة لانها تقوم الأعيان فيستحيل أن لاتكون متقومة بنفسها ولانها تملك بالعقد ويضمن به صحيحا كان العقد أو فاسداً وانما يملك بالعقد

ماهو متقوم فيضمن بالاتلاف وان لم يكن مالا كالنفوس والابضاع وبفضل العقد الفاسد يتبين المماثلة بين العين والمنفعة فى المالية لأن الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعا كما بالاتلاف وهذا بخلاف رائحة المسك فان من اشتم مسك غيره لايضمن شيئا لان الرائحة ليست بمنفعة ولكنها بخار يفوح من العين كدخان الحطب ولهذا لايملك بعقد الاجارة حتى لو استأجر مسكا ليشمه لايجوز ولا يضمن بالعقد أيضاً صحيحا كان أو فاسدا . وحجتنا فى ذلك حديث عمر وعلى رضي الله عنهما فانهما حكما فى ولد المغرور أنه حر بالقيمة وأوجبا على المغرور رد الجارية مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان يستخدمها ومع طلب المدعى بجميع حقه فلو كان ذلك واجبا له لما حل لهما السكوت عن بيانه وبيان العقر منهما لايكون بيانا لقيمة الخدمة لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين ولهذا يتقوم عند الشبهة بخلاف المنفعة والمعنى فيه أن المنفعة ليست بمال متقوم فلا تضمن بالاتلاف كالخمر والميتة . وبيانه أن صفة المالية للشيء انما تثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة والمنافع لاتبقى وقتين ولكنها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول ولهذا لايتقوم فى حق الغرماء والورثة حتى ان المريض اذا اعان انسانا بيديه اوأعاره شيئا فانتفع به لايعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث وهذا لان المتقوم لايسبق الوجود فان المعدوم لايوصف بانه متقوم اذ المعدوم ليس بشيء وبعد الوجود التقوم لايسبق الاحراز والاحراز بعد الوجود لايتحقق فيما لايبقى وقتين فكيف يكون متقوما وعلي هذا نقول الاتلاف لايتصور في المنفعة ايضا لان فعل الاتلاف لايحل المعدوم وبعد الوجود لايبقى لحله فعل الاتلاف واثبات الحكم بدون تحقق السبب لايجوز فأما بالعقد يثبت للمنفعة حكم الاحراز والتقوم شرعا بخلاف القياس وكان ذلك باعتبار اقامة العين المنتفع به مقام المنفعة لاجل الضرورة والحاجة ولا تتحقق مثل هذه الحاجة فى العدوان فتبقى الحقيقه معتبرة وباعتبارها ينعدم التقوم والاتلاف وفى الصداق واستئجار الولي انما يظهر حكم الاحراز والتقوم بالعقد للحاجة والمال اسم لماهو مخلوق لاقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمول والاحراز وكما تتفاوت قيمة العين بتفاوت المنفعة تتفاوت قيمة الطيب بتفاوت الرائحة ولم يدل ذلك على كونه مالا متقوما ولئن سلمنا أن المنفعة مال متقوم فهو دون الاعيان فى المالية وضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص ألا ترى أن المال لا يضمن بالنسبة والدين لا يضمن

بالعين لانه فوقه فكذلك المنفعة لاتضمن بالعين* وبيان هذا الكلام ان المنفعة عرض يقوم بالعين والعين جوهر يقوم به العرض ولايخفى على احد التفاوت بينهما والمنافع لاتبقى وقتين والعين تبقى أوقاتا وبين مايبقى ومالا يبقى تفاوت عظيم والعين لاتضمن بالمنفعة قط ومن ضرورة كون الشيء مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير مثلا له ايضاً والمنفعة لاتضمن بالمنفعة عند الاتلاف حتى ان الحجر فى خان واحد علي تقطيع واحد لاتكون منفعة احداهما مثلا للمنفعة الأخرى عند الاتلاف . والمماثلة بين المنفعة والمنفعة أظهر من المماثلة بين العين والمنفعة وبهذا فارق ضمان العقد فانه غير مبنى على المماثلة باعتبار الاصل بل على المراضاة وكيف ينبنى على المماثلة والمقصود بالعقد طلب الربح (ثم) ضمان العقد مشروع وفى المشروع يعتبر الوسع والامكان ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي فاسدا كان العقد أو جائزا فيسقط اعتبار التفاوت الذى ليس فى وسعنا الاحتراز عنه فى ضمان العقد. فأما الاتلاف فمحظور غير مشروع وضمانه مقدر بالمثل بالنص فلا يجوز ايجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الاتلاف ﴿فان قيل﴾ يسقط اعتبار هذا التفاوت لدفع الظلم والزجر عن اتلاف منافع أموال الناس ولان المتلف عليه مظلوم يسقط حقه اذا اعتبر هذا التفاوت ومراعاة جانب المظلوم أولى من مراعاة جانب الظالم من ان هذا التفاوت بزيادة وصف لو لم نعتبره سقط به حق المتلف عن الصفة ولو اعتبرناه اسقطنا حق المتلف عليه عن اصل المالية واذا لم يكن بد من اهدار أحدهما فاهدار الصفة أولى من اهدار الأصل ﴿قلنا﴾ قداوجبنا للزجر التعزير والحبس فأما وجوب الضمان للجبران فيتقدر بالمثل على وجه لايجوز الزيادة عليه والظالم لايظلم بل ينتصف منه مع قيام حرمة ماله ولو اوجبنا عليه زيادة على ما أتلف كان ذلك ظلما مضافا الى الشرع لان الموجب هو الشرع وذلك لايجوز واذا لم يوجب الضمان لتعذر ايجاب المثل كان ذلك لضرورة ثابتة فى حقنا وهو أنا لانقدر على القضاء بالمثل وذلك مستقيم مع أن حق المظلوم لايهدر بل يتأخر الى الآخرة. ولو اوجبنا الزيادة صارت تلك الزيادة هدرا فى حق المتلف فيبطل حقه عنه أصلاً فكان ماقلناه من اعتبار المماثلة والكف عن القضاء بالضمان بدون اعتبار المماثلة اعدل من هذا الوجه * قال ﴿ أقام رب الدابة البينة انها نفقت عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب البينة أنه قد ردها اليه وماتت فى يده فعلى الغاصب القيمة ﴾ لان رب الدابة يثبت على الغاصب سبب وجوب القيمة والغاصب ينفى ذلك لان

موت الدابة في يد مالكها لا يوجب الضمان على أحد والبينات للاثبات دون النفي ﴿ فان قيل ﴾ سبب وجوب الضمان على الغاصب ظاهر فهو يثبت ببينته ما يبرئه عن الضمان وهو لرد فكانت بينته أولى بالقبول ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن ثبوت الرد لا يمنع قبول بينة المالك على هلاكها من ركوب الغاصب لجواز أن يكون ركبها بعد الرد فماتت من ركوبه فلهذا جعلنا بينته أولى بالقبول وكذلك لو شهد شهود صاحبها أن الغاصب قتلها أو أنه هدم الدار وشهود الغاصب أنه ردها اليه على حالها لان القتل بعد الرد يتحقق من الغاصب وكذلك لو هدم الدار بعد الرد يتحقق منه فيجب قبول بينة صاحبها في اثبات سبب متجدد للضمان على الغاصب لان الغاصب بينته تنفي ذلك السبب . فأما اذا أقام صاحبها البينة أنها ماتت في يد الغاصب وأقام الغاصب البينة انه ردها فماتت في يد صاحبها فعلى قول أبي حنيفة تقبل بينة صاحبها كما في الفصول المتقدمة لان الغصب بعد الرد يتحقق فصاحبها ببينته يثبت سبب ضمان متجدد وهو غصبه اياها عند الموت فيقضي له بالضمان لهذا وعند محمد رحمه الله البينة بينة الغاصب هنا لما فيها من اثبات الرد وسقوط الضمان عنه به ثم ليس في بينة صاحبها هنا اثبات سبب متجدد والظاهر أنهم انما شهدوا بذلك لانه خفي عليهم الرد وقد علموا الغصب فاستصحبوا ذلك وشهدوا أنها ماتت في يد الغاصب وشهود الغاصب علموا الرد وقد علموا الغصب فشهدوا به بخلاف ماسبق فان القتل والهدم والاتلاف من الركوب سبب متجدد لا يشهدون عليه مالم يعاينوه باعتبار علمهم بالغصب السابق ﴿ واذا وهب الغاصب الثوب المغصوب لرجل فلبسه حتى تخرق أو كان طعاما فأكله ثم جاء المغصوب منه وضمن الموهوب له فليس له أن يرجع بالضمان على الواهب عندنا ﴾ وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لانه صار مغرورا من جهته حين أوجب الملك له بالعقد وأخبره أنه يهب ملك نفسه وانه لا يلحقه فيه ضمان من جهة أحد والمغرور يرجع على الغار بما يلحقه من الضمان دفعا للضرر عنه ولكنا نقول الموهوب له في القبض والا كل عامل لنفسه ومن عمل لنفسه فلحقه ضمان بسببه لا يرجع به على أحد . فأما الغرور قلنا مجرد الغرور بالخبر لا يثبت له حق الرجوع كمن أخبر انسانا أن هذا الطريق أمن فسلكه فأخذ اللصوص ماله أو أخبره أن هذا الطعام طيب وكان مسموما فتناوله فتلف * وانما الغرور في عقد الضمان هو المثبت للرجوع لمعنيين (أحدهما) أن بعقد الضمان يستحق صفة السلامة عن العيب ولا عيب فوق

الاستحقاق فبفوات ماهو مستحق له ثبت له حق الرجوع فأما بعقد التبرع لا يستحق الموهوب له صفة السلامة ولهذا لو وجد الموهوب معيباً لا يرده بالعيب فلا يرجع بسبب الغرور أيضا (والثانى) وهو ان القابض بحكم عقد الضمان عامل للمالك من وجه فانه يتقرر به حقه فى العوض وهو الثمن فاذا لحقه ضمان بسببه رجع به عليه فأما الموهوب له فى القبض عامل لنفسه من كل وجه لان الواهب لم يشترط لنفسه شيئا ليتأكد ذلك بقبضه وعلي هذا لو وهب له جارية فاستولدها ثم جاء مستحق واستحقها وأخذها وعقرها وقيمة ولدها لم يرجع الموهوب له علي الواهب بشيء بخلاف مالو كان اشتراها فان هنالك يرجع بقيمة الولد لانه ضمن له سلامة الولد بعقد الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه بما لحقه ولا يرجع بالعقر عندنا . وعلى قول الشافعى رحمه الله يرجع بالعقر أيضا لان البائع قد ضمن له سلامة الوطء أيضا ولكنا نقول وجب العقر بما استوفى منها وهو الذى نال تلك اللذة فلا يرجع بما لحقه بسببه على أحد ٭ وعلى هذا لو أن غاصب الدابة أجرها فعطبت عند المستأجر ثم ضمنه المغصوب منه قيمتها رجع بها علي الآخر ليتحقق الغرور بمباشرة عقد الضمان ولان المستأجر فى قبضها عامل للآخر من وجه فانه يتقرر به حقه في الاجر فأما المستعير اذا ضمن قيمة الدابة لصاحبها لم يرجع علي أحد بالاتفاق عندنا لانعدام عقد الضمان كما بينا في الهبة وعند الشافعي رحمه الله لان المستعير ضامن للعين فى حق المعير فلهذا لا يرجع عليه بما يلحقه من الضمان ٭ واذا اختلف رب الثوب والغاصب في قيمته وقد استهلكه الغاصب فالبينة بينة رب الثوب لما فيها من اثبات الزيادة والقول قول الغاصب مع يمينه اذا لم يكن لرب الثوب بينة لانكاره الزيادة وان أقام الغاصب بينة ان قيمة ثوبه كان كذا لم يلتفت الي بينته ولا يسقط اليمين بها عنه لان هذا القدر من القيمة ثابت باتفاقهما وانما يدعى رب الثوب الزيادة على ذلك والشهود لم يتعرضوا لتلك الشهادة أو نفوا تلك الزيادة والشهادة على النفى لا تكون مقبولة فلهذا كان لرب الثوب ان يحلف الغاصب علي دعواه ٭ وفي الاصل يقول رب الثوب هو المدعى والغاصب هو المدعى عليه والشرع جعل البينة فى جانب المدعى فقال البينة علي المدعى وبالالف واللام يظهر ان جنس البينة فى جانب المدعي وجعل اليمين فى جانب المدعى عليه والبينة لا تصلح بدلا عن اليمين فلا يسقط عنه اليمين بما أقام من البينة فان شهد لرب الثوب شاهد أن قيمة ثوبه كذا وشهد آخر علي اقرار الغاصب بذلك لم تجز شهادتهما

بذلك لانهما اختلفا فشهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل ولا يثبت واحد منهما الا بشهادة شاهدين وان لم يكن لواحد منهما البينة فأردت أن تحلف الغاصب على ذلك فقال أنا أرد اليمين على رب الثوب وأعطيه ما حلف عليه فليس له ذلك لان الشرع جعل اليمين على المدعى عليه وما كان مستحقا على المرء شرعا فليس له ان يحوله الى غيره ﴿ قال ﴾ ولا أدر اليمين ولا أحولها عن موضعها الذى وضعها فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى هذا ان اليمين شرعا في جانب المدعي عليه اما للنفي أو لابقاء ما كان على ما كان وهو براءة ذمته فاذا حولت الى جانب المدعى لم يعمل الا بهذا المقدار لان عمل الشيء في محله أقوى منه في غير محله وبهذا القدر لا يستحق المدعى شيئا بل حاجته الى اثبات ماليس بثابت له واليمين لا تصلح لهذا . وكذلك ان رضى رب الثوب بذلك وقال أنا أحلف فتراضيهما على ما يخالف حكم الشرع يكون لغوا فاذا جاء الغاصب بثوب زطى فقال هذا الذى غصبتكه وقال رب الثوب كذبت بل هو ثوب هروى أو مروى كان القول قول الغاصب مع يمينه لان الاختلاف منهما فى تعيين المقبوض والقول فيه قول القابض أمينا كان أو ضامنا لانه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله . ثم ذكر صفة يمينه وقال (يحلف بالله ان هذا ثوبه الذى غصبه اياه وما غصبه هرويا ولا مرويا) لان في تعيين المقبوض القول قوله ومن جعل القول قوله شرعا فانه يحلف على ما يقول كالمودع في رد الوديعة أو هلاكها والمدعي يدعى عليه أنه غصبه هرويا أو مرويا وهو منكر لذلك فالقول قوله مع اليمين فلهذا جمع في اليمين بين الامرين فاذا حلف قضيت لصاحب الثوب بالثوب وابرأت الغاصب من دعوى رب الثوب وان نكل عن اليمين يقضى عليه بما ادعاه المدعى لان نكوله كاقراره وعند النكول لا يقضي له بهذا الثوب لانه لا يدعي ثوبين انما يدعى ثوبا هرويا وقد استحقه فأما اذا حلف فهو ما استحق ثوبا سوى هذا وقد كان يدعى أصل الثوب بصفته ولم يثبت له تلك الصفة بقى دعواه أصل الثوب فيقضى له بهذا الثوب باعتبار دعواه فان شاء أخذه وان شاء تركه . فان جاء بثوب هروي خلق وقال هذا الذى غصبتكه وهو على حاله وقال رب الثوب بل كان ثوبى جديداً حين غصبته فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره قبض الثوب حين كان جديداً ولان الظاهر شاهد له فان صفة الثوب في الحال معلوم وعند الغصب مختلف فيه فيرد المختلف فيه الى ما هو المعلوم في نفسه ولان الغصب حادث فيحال بحدوثه

الى أقرب الاوقات . فان اقاما البينة فالبينة بينة رب الثوب انه غصبه جديداً لاثباته سبق التاريخ في غصبه وضمان النقصان عليه باعتبار فوات الصفة عنده وان لم يقم لواحد منهما بينة وحلف الغاصب وأخذ رب الثوب ثم أقام البينة أنه غصبه اياه جديداً ضمن الغاصب فضل ما بينهما لان الثابت ببينة كالثابت باقرار الخصم ويمين الغاصب لايمنع قبول بينة رب الثوب بعد ذلك هكذا نقل عن عمر رضى الله تعالى عنه قال اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ولان القاضي ماقضى بان المغصوب كان خلقا وقت الغصب ولكنه امتنع عن القضاء بأنه كان جديداً عند ذلك لعدم الحجة فاذا قامت الحجة فعليه أن يقضى بها. فان كان غصبه ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب أبيض وكان الثوب للغاصب وان شاء أخذ الثوب وضمن للغاصب ما زاد الصبغ فيه لان الصبغ مال متقوم وهو قائم في الثوب وقد بينا ان بغصبه لايسقط حرمة ماله فاصل الثوب لصاحب الثوب والصبغ للغاصب وقد تعذر تمييز احدهما عن الآخر وتعذر اتصال منفعة ملك كل واحد منهما علي الانفراد اليه الا ان صاحب الثوب صاحب الاصل والغاصب صاحب الوصف فاثبات الخيار لصاحب الأصل أولى لان الأصل قائم بنفسه وقيام الوصف بالاصل فان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض لانه تعذر عليه الوصول الى عين ملكه بدون غرم يلزمه وله أن لايلتزم الغرم فيضمنه قيمة الثوب أبيض كما غصبه ويصير الثوب للغاصب بالضمان وان شاء ضمن له مازاد الصبغ فيه فيتوصل الغاصب الى مالية حقه وتملك صاحب الثوب عليه هذا الصبغ بما يؤدى من الضمان والغاصب راض بذلك حين جعل ملكه وصفا لملك الغير وان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب في ثمنه بقيمته أبيض ويضرب الغاصب بما زاد الصبغ فيه لان لصاحب الثوب أن لايملك ثوبه منه بقيمته وأن لايغرم له قيمة الصبغ وعند امتناعه منهما لاطريق لتميز حق احدهما عن الآخر الا بالبيع وهو نظير مالو هبت الريح بثوب انسان فألقته في صبغ غيره فانصبغ الا ان هناك لاضمان على صاحب الصبغ لانعدام الصبغ منه وفيما وراء ذلك هما سواء ولم يذكر في الكتاب انه اذا كان هذا الصبغ نقصانا في هذا الثوب وقد يكون لون الحمرة والصفرة نقصانا في بعض الثياب . وذكر هشام عن محمد رحمهما الله قال لوغصب ثوبا يساوى ثلاثين درهما فصبغه بعصفر وتراجع قيمته الى عشرين درهما فانه ينظر الى قيمة الصبغ في ثوب يزيد به فان كان خمسة دراهم

فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ويأخذ خمسة دراهم من الغاصب أيضا لانه استوجب عليه عشرة دراهم نقصان قيمة ثوبه واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة والخمسة دراهم بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة * فان كان الغصب جارية صغيرة فرباها حتى أدركت وكبرت ثم أخذها رب الجارية لم يضمن للغاصب مازاد في الجارية لان الزيادة من عينها وهي مملوكة للمغصوب منه بخلاف ماينا من الصبغ فى ثوب فهو زيادة من مال الغاصب لامن العين المغصوبة ولا يرجع بما أنفق علي المغصوب منه لانه متبرع فى الانفاق بغير أمره ولانه استخدمها بما أنفق ولانه انتفع بهذا الانفاق لانه تمكن بها من الرد واسقاط الضمان عن نفسه* واذا غصب سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة سويقه وان شاء أخذ سويقه وضمن للغاصب مازاد السمن فيه لان السمن فى السويق زيادة وصف من مال الغاصب كالصبغ فى الثوب* وكذلك الدهن اذا خلط به مسكه وهذا اذا كان دهنا يطيب بالمسك فان كان دهنا منتنا كدهن البرز ونحوه أخذه صاحبه ولم يضمن للغاصب شيئا لان المسك صار مستهلكا فيه*واذا غصب ثوبا فصبغه اسود فلصاحب الثوب أن يأخذه ولا يعطيه شيئا في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله السواد كالحمرة والصفرة ولا اختلاف في الحقيقة ولكن أبو حنيفة أجاب على ما شاهد في عصره من عادة بنى أمية وقد كانوا ممتنعين من لبس السواد وهما أجابا علي ما شاهدا فى عصرهما من عادة بنى العباس رضي الله عنه بلبس السواد وقد كان أبو يوسف يقول أولا بقول أبي حنيفة فلما قلد القضاء وأمر بلبس السواد واحتاج الى التزام مؤنة فى ذلك رجع وقال السواد زيادة. وقيل السواد يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص من قيمة بعض الثياب كالقصب ونحوه* فان كان المغصوب ثوبا ينقص بالسواد من قيمته فالجواب ماقاله أبو حنيفة وان كان ثوبا يزيد السواد فى قيمته فالجواب ما قالا انه بمنزلة الحمرة والصفرة وان غصبه ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فهو بالخيار ان شاء ضمن قيمته وان شاء أخذ الثوب وضمنه مانقصه القطع لان القطع نقصان فاحش فى الثوب فانه قبل القطع كان يصلح لاتخاذ القباء والقميص وبعد ماقطع قميصا لايصلح لاتخاذ القباء منه على الوجه الذى كان يصلح قبل القطع فكان مستهلكا من وجه قائما من وجه فانشاء مال صاحبه الى جانب الاستهلاك وضمنه قيمته وان شاء مال الى جانب البقاء وأخذ عين الثوب وضمنه نقصان القطع لان

الثوب ليس بمحل الربا وتضمين النقصان في مثله مع أخذ العين جائز شرعا وكذلك اذا نقصه الصبغ الاسود فله أن يأخذه ويضمنه ما نقصه لان الصبغ الاسود في مثله نقصان فاحش وهو كالاستهلاك من وجه لان قبله كان متمكنا من احداث أي لون شاء فيه وقد خرج من أن يكون صالحا لذلك والصبغ الاسود من الثوب لا يمكن قلعه عادة وبه يفرق أبو حنيفة بينه وبين سائر الالوان * ولو اغتصب ثوبا فخرقه فان كان خرقا صغيراً ضمن الغاصب النقصان فقط وأخذ صاحب الثوب ثوبه لان العين قائم من كل وجه فبهذا القدر من الخرق لا يخرج من أن يكون صالحا لما كان صالحا قبله وانما تمكن في قيمته نقصان فيضمن ذلك النقصان وان كان الخرق كبيرا وقد أفسد الثوب فصاحبه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه لانه مستهلك من كل وجه فانه لا يصلح بعد هذا الخرق لجميع ما كان صالحا قبله له وان شاء أخذ الثوب لكونه قائما حقيقة وضمنه ما نقصه فعل الغاصب (وأما) الدابة اذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلصاحبها أن يضمن الغاصب قيمتها بخلاف ما لو كان المغصوب عبداً أو جارية فيقطع منه يداً أو رجلا فهناك يأخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا لبقائه صالحا لعامة ما كان صالحا له من قبل والدابة تصير مستهلكة بقطع طرف منها فانه لا ينتفع بها بما هو المقصود من الحمل والركوب بعد هذا القطع فلهذا كان لصاحبها أن يتركها للغاصب ويضمنه قيمتها. وكذلك لو كانت بقرة أو جزورا فقطع يدها أو رجلها أو كانت شاة فذبحها لان الذبح استهلاك من وجه فانه يفوت به بعض ما كان مقصوداً من النسل واللبن فلصاحبها أن يضمنه قيمتها ان شاء وان شاء أخذ المذبوح مسلوخا كان أو غير مسلوخ وضمن الغاصب النقصان في ظاهر الرواية. وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله لا يضمنه شيئا لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة ولهذا يلتزم بمقابلته العوض ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح لانه زيادة من حيث التقرب الي الانتفاع باللحم ولكنه نقصان بتفويت سائر الاغراض من الحيوان ولاجله يثبت الخيار فكان هذا والقطع في الثوب سواء يضمنه النقصان ان شاء (واذا) طحن الغاصب الحنطة فعليه مثلها والدقيق له عندنا. وسوى هذا عن أبي يوسف روايتان (احداهما) ان حق المغصوب منه لا ينقطع عن الدقيق لا على معنى انه يتمكن من أخذه ولكن يباع فيشترى له به حنطة مثل حنطته وان مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء لانه زال ملكه

ويده بسبب لم يرض به ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالبيع لا ينقطع حقه واذا أزيلت يده بغير رضاه بان قبض المشترى المبيع بغير اذن البائع فهنا أولى أن لا ينقطع حقه (والرواية الاخرى) ان ملكه لا يزول بل له الخيار وان شاء ترك الدقيق وضمنه حنطة مثل حنطته وان شاء أخذ الدقيق ولم يضمنه شيئا * قال أستحسن ذلك وأخالف فيه أبا حنيفة لانه استقبح أن يأتي مفلس الى كر حنطة انسان فيطحنه ثم يهب الدقيق لابنه الصغير فلا يتوصل صاحب الحنطة الى شيء فهذا قول الشافعي رحمه الله أيضاً الا ان عند الشافعي رحمه الله يأخذ الدقيق ويضمنه النقصان ان كان لما بينا ان علي أصله تضمين النقصان مع أخذه العين في أموال الربا جائز وعند أبي يوسف لا يجوز ذلك كما هو مذهبنا * ووجه هذا أن الدقيق عين شبه فيكون له أن يأخذه كما قبل الطحن وهذا لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا لاحداث مالم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتأريب في الشاة . والدليل عليه ان الدقيق جنس الحنطة ولهذا جرى الربا بينهما ولا يجرى الربا الا باعتبار المجانسة * واستدل محمد رحمه الله في املاء الكيسانيات لابي حنيفة رحمه الله بالحديث الذى رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمى عن أبي مرة عن أبي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال صلى الله عليه وسلم انها ذبحت بغير حق فقال الانصارى كانت شاة أخي ولو كانت أعز منها لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها ادارجع قال صلى الله عليه وسلم أطعموها الأسارى قال محمد يعنى المحبسين فامره بالتصدق بها بيان منه أن الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتصدق بها دل انه ملكها والخلاف في الفصلين سواء قال محمد وهذا الحديث جعله أبو حنيفة رحمه الله أصلا في أكثر مسائل الغصب والمعنى فيه ان هذا الدقيق غير الحنطة وهو انما غصب الحنطة فلا يلزمه رد الدقيق كمن أتلف حنطة لا يلزمه رد الدقيق . وبيان المغايرة انهما غيران اسما وهيئة وحكما ومقصوداً . وكذلك يتعذر اعادة الدقيق الي صفة الحنطة . وتحقيقه ان الموجودات من المخلوقات تعرف بصورتها ومعناها فتبدل الهيئة والاسم دليل علي ان المغايرة صورة وتبدل الحكم والمقصود دليل علي المغايرة معنى واذا ثبتت المغايرة فمن ضرورة ثبوت الثانى انعدام

الاول لاستحالة ان يكون الشيء الواحد شيئين واذا انعدم الاول بفعله صار ضامنا مثله وقد ملكه بالضمان فيجعل هذا الدقيق حادثا من ملكه فيكون مملوكا له أو يجعل حادثا بفعله وفعله سبب صالح لحكم الملك فيصير مضافا اليه ولكن بين الدقيق والحنطة شبهة المجانسة من حيث الصورة وهو ان عمل الطحن صورة تفريق الاجزاء وباب الربا مبنيّ على الاحتياط لبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا بخلاف القطع في الثوب والذبح في الشاة فان بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية فبقيت مملوكة لصاحبها ثم بالسلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ماهو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبديل العين فلهذا كان لصاحبها أن يأخذها ثم على قول زفر للغاصب أن يأكل هذا الدقيق وينتفع به قبل أن يؤدي الضمان وهو القياس لأن ملكه حادث بكسبه. وفي الاستحسان وهو قولنا ليس له أن ينتفع بما مالم يؤد الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضي أو يقضي عليه بالضمان لما بينا ان من حيث الصورة هذه أجزاء ملك المغصوب منه وهذه الصورة معتبرة فيما بني على الاحتياط والاكل مبني على ذلك فانما يتم تحول حق المغصوب منه الى الضمان بالاستيفاء أو بالقضاء فلهذا لا ينتفع به الا بعده (واذا) استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله ان للجودة والصفة في الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى الي الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصفة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا. وان وجده صاحبه مكسوراً فرضي به لم يكن له فضل مابين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصفة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية ولانه لو أخذ للصفة عوضا كان هذا في معنى مبادلة العشرة بأحد عشر وذلك لا يجوز في الأموال الربوية وله أن يضمن الغاصب قيمته مصوغا من الذهب ويسلمه اليه سواء كان النقصان بالكسر يسيرا أو فاحشا لانه لا يتوصل الى دفع الضرر عن نفسه وابقاء حقه في الصفة الا بذلك . وكذلك كل اناء مصوغ كسره رجل فان كان من فضة فعليه قيمته مصوغا من الذهب وان كان من ذهب فعليه قيمته مصوغا من الفضة للتحرز عن الربا مع مراعاة حق المغصوب منه في الصفة فان كسر درهما أو ديناراً فعليه مثله لانه غيره بصنعه ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه

الا بايجاب المثل والمكسور للكاسر اذا ضمن مثله وان شاء صاحبه أخذه ولم يرجع عليه بشيء ويستوى ان كانت مالية انتقصت بالكسر أولم تنتقص لان صفة العين بغير فعله وذلك كاف لاثبات الخيار له الافيما يكون زيادة فيه على ماتبين (واذا) ادعى دارا اوثوبا أوعبدا في يد رجل وأقام البينة انه له وقال الذى هو فى يديه هو عندى وديعة فهو خصم لظهور العين فى يده ولم يثبت بقوله ان يده يد غيره (وان) أقام البينة ان فلانا استودعها اياه أو أعارها أو أجرها أورهنهامنه لم يكن بينهماخصومة لانه أثبت ببينته أن يده يدحفظ وهذه مسئلة مخمسة وقد بيناها في كتاب الدعوى * وان أقام المدعى البينة ان ذا اليد غصبه منه لم تندفع الخصومة عنه لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ألا ترى أن دعواه الخصم صحيح على غير ذى اليد بخلاف دعوى الملك المطلق * وان أقام المدعى البينة على أنه ثوبه غصب منه فقد اندفعت الخصومة عن ذى اليد بما أقام من البينة لان الفعل غير مدعى عليه فان هذا فعل مالم يسم فاعله فانما كان ذو اليد خصما باعتبار يده وقد أثبت أن يده يدحفظ * وان قال المدعى هذا ثوبى سرق منى فالجواب كذلك فى القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله (قوله) سرق منى ذكر فعل مالم يسم فاعله فلا يصير الفعل به مدعى على ذى اليد انما كان هو خصما باعتبار يده كما فى الغصب ولكن استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله وقالا لاتندفع الخصومة عن ذى اليد . وللاستحسان وجهان (أحدهما) أن قوله سرق منى معناه سرقه منى الا أنه اختار هذا اللفظ انتدابا الى ماندب اليه فى الشرع من التحرز عن اظهاره الفاحشة والاحتيال لدرء الحد فاذا آل الامر الى أن يبطل حقه يعود فيدعى عليه فعل السرقة وهذا المعنى لايوجد في الغصب لان الغاصب تجاهر بما صنع ولا يندب الى الستر على من تجاهر بفعله (والثانى) ان السارق فى العادة يكون بالبعد من المسروق منه فيشتبه عليه في ظلمة الليل انه فلان أوغيره فهو بقوله سرق منى يتحرز عن توهم الكذب وله ذلك شرعا فكان هذا فى معنى قوله سرقته منى بخلاف الغصب . ولان السراق قلما يوقف على أثرهم لخوفهم من اقامة الحد عليهم فلو اندفعت الخصومة عن ذى اليد بهذا كان ابطالا لحق المدعي لاتحويلا فهو بمنزلة مالو أقام البينة علي أنه أودعه رجل لايعرفه بخلاف الغاصب فانه يكون ظاهرا فيكون هذا من ذى اليد تحويلا للخصومة اليه لا ابطالا لحق المدعي (رجل) غصب ثوب رجل فاستهلكه فضمن انسان عن الغاصب قيمته وليس لرب الثوب بينة على

قيمته فقال الكفيل قيمته عشرة وقال الغاصب عشرون وقال صاحب الثوب ثلاثون لم يلزم الكفيل الاعشرة دراهم مع يمينه بالله ما قيمته إلا ذلك لانه التزام بالكفالة قيمة المغصوب فالقول في بيان مقداره قوله كالغاصب وهذا لانه منكر للزيادة على العشرة والقول قول المنكر مع يمينه وقد أقر الغاصب بعشرة أخرى فهو مصدق على نفسه غير مصدق على الكفيل وليس من ضرورة وجوب العشرة الاخرى عليه وجوبها على الكفيل فلهذا يرجع على الغاصب بعشرة أخرى مع يمينه بالله ماقيمته الاعشرون لان صاحب الثوب يدعي عليه عشرة أخرى وهو منكر لذلك ﴿رجل﴾ غصب جارية شابة فكانت عنده حتى صارت عجوزا فان صاحبها يأخذها وما نقصها لانها صارت مضمونة على الغاصب بجميع أجزائها وقد فات وصف مقصود منها وهو الشباب فعلي الغاصب ضمان ذلك اعتبارا للجزء بالكل * وكذلك لو غصبه غلاما شابا فكان عنده حتى هرم لانه فات بعض ماهو مقصود منه وهو قوة الشباب والهرم نقصان في العين وهذا بخلاف مالو غصبه صبيا فشب عنده لانه ازداد عند الغاصب بما حدث له من قوة الشباب * وكذلك لو نبت شعره عند الغاصب لانه ازداد جمالا عنده فان اللحية جمال ولهذا يجب بحلقها من الحر عند اقتبال المنبت كمال الدية والغاصب بالزيادة عنده لا يصير ضامنا شيئا * ولو كان محترفا بحرفة فنسي ذلك عند الغاصب كان ضامنا للنقصان لانه فات ما كان مقصوداً منه عند الغاصب وما يزيد في ماليته ﴿فان قيل﴾ عدم العلم بالحرفة ليس بنقصان في العين ولهذا لا يثبت به حق الرد بالعيب ﴿قلنا﴾ نعم ولكن اذا وجد فهو زيادة في العين ولهذا يستحق في البيع بالشرط ويثبت حق الرد عند فواته فيضمن الغاصب باعتباره النقصان أيضا * وكذلك ان غصب ثوبا من رجل فعفن عنده واصفر فقد انتقصت ماليته بما حدث في العين عند الغاصب فكان ضامنا للنقصان * ولو غصب طعاما حدثا فامسكه حتى عفن عنده فعليه طعام مثله وهذا الفاسد للغاصب لان دفع الضرر عن المالك يتضمن النقصان والنقصان هنا متعذر فيصار الى دفع الضرر عنه بتضمين المثل إلا أن يرضى المالك بأخذ الطعام العفن فيأخذه ولا شيء له سواه ﴿رجل﴾ غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا فصبغه به ثم حضرا جميعا فقال أما صاحب العصفر فيأخذه حتى يعطيه عصفرا مثله أو قيمته لان ما غصبه منه صار مستهلكا بفعله فانه كان عين مال قائم بنفسه وقد صار وصفاً قائما بملك غيره فعرفنا انه صار مستهلكا فعلى الغاصب

ضمان مثله أو قيمته أن كان لا يوجد مثله والسواد فى هذا كغيره عندهم جميعا لان السواد في نفسه مال متقوم وانما هو نقصان فى الثوب عند أبى حنيفة واذا ضمن لصاحب العصفر عصفره ملك المضمون وصار فى الحكم كأنه صبغه بعصفر نفسه وقد بينا حكم الخيار فيه ولو كان غصب الثوب والصبغ من رجل واحد فصبغه به ففى القياس كذلك لانه مستهلك للصبغ بما صنع فيتقرر عليه ضمانه ويصير ذلك مملوكا له ولكن فى الاستحسان لصاحب الثوب هنا أن يأخذ ثوبه ولا يعطى الصباغ شيئا ولا يضمنه قيمة صبغه لان ملكه صار وصفا لملكه فلا يكون مستهلكا به من هذا الوجه . ولانه اذا اختار أصل الثوب كان مجيزا لفعله في الانتهاء فيجعل ذلك كالاذن منه فى الابتداء فلهذا كان له أن يأخذ الثوب ان شاء وان شاء ضمنه الصبغ لانه مستهلك من الوجه الذى قلنا واذا ضمنه كان بمنزلة مالوصبغ الثوب بصبغ نفسه على ما بينا . ولو كان الثوب مغصوبا من إنسان والصبغ من آخر وصبغه للغاصب ثم لم يقدر عليه فى القياس أن يأخذ صاحب الثوب ثوبه ولا يبقى لصاحب الصبغ عليه شيء لان صبغه مستهلك بفعل الغاصب وضمانه دين عليه وللغاصب على صاحب الثوب قيمة الصبغ اذا أخذ الثوب فهذا الرجل وجد مديون مديونه فلا سبيل له عليه حتى يحضر خصمه * وفى الاستحسان اذا أخذ الثوب ضمن له ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قد احتبس عنده وان لم يوجد من جهته صبغ فيه فهو كما لو انصبغ ثوب انسان بصبغ انسان . ولهذا نوجب السعاية في العبد المشترك يعتقه احدهما لان نصيب الشريك قد احتبس عند العبد وان لم يوجد منه صبغ فى ذلك وان شاء صاحب الثوب باعه فضرب هو في الثمن بقيمة ثوبه أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ كما لو صبغه الغاصب بصبغ نفسه على ما بينا * فان غصب من واحد حنطة ومن آخر شعيرا فخلطهما ضمن لكل واحد منهما ما غصب منه لانه تعذر على كل واحد منهما الوصول الى عين ملكه فان تمييز الحنطة من الشعير متعسر والمتعسر كالمتعذر والمتعذر كالممتنع ولم يبين فى الكتاب حكم المخلوط فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى المخلوط يصير ملكا للخالط سواء خلط الحنطة بالحنطة أو بالشعير وعلى قول أبى يوسف ومحمد لهما الخيار ان شاآ أخذا المخلوط فكان مشتركا بينهما بقدر ملكهما وان شاآ تركا المخلوط وضمن كل واحد منهما الخالط مثل ماله لان عين مال كل واحد منهما باق أما في الخلط بالجنس فلان الشيء يتكثر بجنسه وكذلك فى الخلط بغير

الجنس اذا كان بحيث يتأتى التميز في الجملة إلا أنه تعيب ملك كل واحد منهما بعيب الشركة فلهذا يثبت لكل واحد منهما حق التضمين ان شاء وان شاء اعتبر بقاء عين الملك حقيقة فيختار الشركة في المخلوط وهو نظير غاصب الثوب اذا صبغه على ما بينا . وأبو حنيفة يقول بالخلط صار ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما لان المخلوط في الحكم كانه شيء آخر سوى ما كان قبل الخلط ألا ترى انه يبدل اسم العين فقبل ذلك كان يسمى قفيزا والآن يسمى كرا والمكيل والموزون في حكم شيء واحد ولهذا لو وجد ببعضه عيبا لم يرد بالعيب خاصة والبعض من الشيء الواحد غير كله فعرفنا ان هذا المخلوط حادث بفعل الغاصب حكما فيكون مملوكا له ومن ضرورته صيرورة ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما ولهذا ثبت لكل واحد منهما حق التضمين مع امكان التميز في الجملة بخلاف الثوب مع الصبغ واذا صار ملك كل واحد منها مستهلكا تقرر الضمان على الغاصب وذلك يوجب الملك له في المضمون وهذا بخلاف ما اذا حصل الاختلاط من غير صنع أحد فان المخلوط هناك أيضا هالك الا انه لاضامن له فيكون لاقرب الناس اليه وهما المالكان قبل الخلط ولان الحكم يضاف الى المحل عند تعذر اضافته الى السبب ولان المحل بمعنى الشرط والحكم يضاف الى الشرط وجودا عنده كما يضاف الى السبب ثبوتا به فاذا كان الخلط بفعل آدمى وهو سبب صالح لاضافة الملك اليه فى المخلوط يصير مضافا اليه وعند انعدام الفعل يكون مضافا الى المحل فلهذا كان المخلوط لهما * ولو غصب من آخر كتانا فغزله ونسجه فعليه مثله أوقيمته ان كان لايوجد مثله ولا سبيل له على الثوب . وكذلك إن غصب قطنا فغزله ونسجه أو غصب غزلا فنسجه وهذا عندنا فأما على قول ابى يوسف الآخر وهو قول الشافعى رضى الله عنه فلصاحب الكتان والقطن الخيار على نحو ما بينا فى الحنطة اذا طحنها لانه لافرق بين الفصلين فى المعنى فان هناك الغاصب فرق الاجزاء المجتمعة بالطحن وهنا جمع الاجزاء المتفرقة بالنسج فكما لاتبدل العين بتفريق المجتمع فكذلك لاتتبدل بجمع المتفرق وهو كما لو غزل القطن ولم ينسجه فانه لاينقطع حق صاحب القطن ولكن يثبت له الخيار ولكنا نقول الثوب غير الغزل والقطن صورة ومعنى . أما الصورة فالغزل خيط ممدود والثوب مؤلف مركب له طول وعرض . والدليل على المغايرة تبدل الاسم ومن حيث المعنى والحكم الغزل والقطن موزون وهو مال الربا والثوب مذروع ليس بمال الربا وبعد

النسج لا يتصور اعادته الى الحالة الأولى فاذا ثبتت المغايرة بينهما فمن ضرورة حدوث الثاني انعدام الأول لاستحالة أن يكون الشئ الواحد شيئين ثم هذا حادث بعمل الغاصب فكان مملوكا له والاول صار مستهلكا بعمله فصار ضامنا له . فأما القطن اذا غزله فالصحيح من الجواب انه ينقطع حق المالك أيضا واليه أشار في كتاب الدعوى حيث سوى بين القطن اذا غزله وبين الغزل اذا نسجه ومن أصحابنا رحمهم الله من فرق بينهما فقال القطن غزل لانه خيوط رقيقة يبدو ذلك لمن أمعن النظر فيه ويتحقق ذلك في الابرسيم فالغزل احداث المجاورة بينهما وليس بتركيب وتأليف وباحداث المجاورة لا تتبدل العين ولهذا بقي موزونا يجرى فيه الربا كما كان قبله بخلاف الغزل اذا نسجه * ولو غصب ساجة فجعلها بابا أو حديداً فجعله سيفاً ضمن قيمة الحديد والساجة وجميع ذلك للغاصب عندنا * وكذلك لو غصب ساجة أو خشبة وأدخلها في بنائه أو آجراً فأدخله في بنائه أو جصا فبنى به فعليه في كل ذلك قيمته عندنا وليس للمغصوب منه نقض بنائه وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى في هذه الفصول لا ينقطع حق صاحبها فزفر مع الشافعي رحمهما الله في هذا النوع لان الحادث زيادة وصف من غير ان يكون الاول مستهلكا بخلاف ما تقدم . وبيان هذا ماذكر في الجامع اذا اشترى حنطة فطحنها أو غزلا فنسجه ثم زاد البائع في الثمن لم يجز ولو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ثم زاد في الثمن يجوز فوجه قولهم في ذلك ان الغاصب قادر على رد عين المغصوب من غير ايلام حيوان فيجب رده كالساجة اذا بنى عليها وتأثير هذا الكلام ان العين باق والرد جائز شرعا فان بالاتفاق لو رده الغاصب جاز ولو صبر المغصوب منه حتى نقض الغاصب البناء والخياطة كان له أن يأخذه فدل ان العين باق ورده عين المغصوب مستحق شرعا فما دام الرد جائزاً يبقى ذلك الاستحقاق بحاله بخلاف ما اذا غصب خيطا وخاط به بطن نفسه أو بطن عبده أو لوحا وأصلح به سفينة والسفينة في لجة البحر فان ذلك لا يجوز رده لما فيه من ايلام الحيوان ونقض البنية وذلك محرم شرعا ومن ضرورة عدم جواز الرد انعدام استحقاق الرد شرعا * وحجتنا في ذلك ان العين ملك المغصوب منه وما اتصل به من الوصف متقوم حقا للغاصب وسبب ظلمه لا يسقط قيمة ما كان متقوما من حقه كما في الثوب اذا صبغه بصبغ نفسه الا ان هناك الصبغ متقوم بنفسه فيمكن ابقاء حق صاحب الثوب في الثوب مع دفع الضرر عن الغاصب بايجاب قيمة

الصبغ له وهذا الوصف غير متقوم بنفسه مقصوداً ودفع الضرر واجب فيتعين دفع الضرر هنا بايجاب قيمة المغصوب حقا للمغصوب منه ليتوصل هو الى مالية ملكه ويبقى حق صاحب الوصف في الوصف مرعيا وهذا لانه لا بد من الحاق الضرر باحدهما الا ان في الاضرار بالغاصب اهدار حقه وفي قطع حق المغصوب منه بضمان القيمة توفير المالية عليه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان وضرر النقل دون ضرر الابطال وهو نظير مسألة الخيط واللوح ولهذا جوزنا الرد ههنا لان الامتناع لدفع الضرر عن الغاصب فاذا رضي فقد التزم الضرر ﴿ فان قيل ﴾ صاحب الثوب صاحب أصل والغاصب صاحب وصف ولا شك ان مراعاة حق صاحب الاصل أولى ولم يجز لحق صاحب الوصف وهو جان ﴿ قلنا ﴾ لان هذا الوصف قائم من كل وجه والاصل قائم من وجه لان الاصل كان ملكا للمغصوب منه مقصوداً والآن صار تبعا لملك غيره والتبع غير الاصل ولهذا صار بحيث يستحق بالشفعة بعد أن كان منقولا لا يستحق بالشفعة وانعدم منه سائر وجوه الانتفاع سوى هذا فعرفنا أنه قائم من وجه دون وجه والقائم من كل وجه يترجح على ما هو قائم من وجه مستهلك من وجه وانما يترجح الاصل اذا كان قائما من كل وجه كما في مسألة الساجة فانها قائمة من كل وجه صالحة لما كانت صالحة له قبل البناء تستحق بالشفعة كما كان من قبل فلهذا رجحنا هناك اعتبار حق صاحب الساجة * ولا يدخل على شئ مما ذكرنا اذا غصب ثوبا فقصره لانه ليس للغاصب في الثوب وصف قائم متقوم والقصارة تزيل الدرن والوسخ عن الثوب ثم لون البياض وصف أصلي للقطن * ولا يقال أليس ان القصار يحبس بالاجر ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن باعتبار أثر عمله في المعمول لا باعتبار قيام الوصف في العمل للمعمول بعمله وذكر الكرخي في مسألة الساجة أن موضع المسئلة فيما اذا أدخل الساجة في بنائه بان بنى حولها لا عليها لانه لا يكون متعديا بالبناء في ملكه فأما اذا بنى على الساجة فهو متعد في هذا البناء والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما في مسألة الساجة ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف انه لو غصب بقرة واتخذ منها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها وهو في العمل هنا متعد لان عمله في ملك الغير فدل انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير أو في ملك نفسه وان الصحيح ما قلنا * وان غصب حنطة فزرعها ثم جاء صاحبها وقد أدرك الزرع أو هو بقل فعليه حنطة

مثل حنطته ولا سبيل له على الزرع عندنا . وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه الزرع له لانه متولد من ملكه والمتولد يملك بملك الاصل كولد الجارية وثمرة الشجرة وهذا لان فعل الزارع حركاته والاجسام لا تتولد من الحركات . والدليل على ان التولد من الاصل ان بصفة الاصل يختلف الزرع مع اتحاد عمل الزارع والدليل عليه انه لو حصل بغير فعل أحد بأن هبت الريح بحنطة انسان وألقته في أرض الغير فينبت كان الزرع لصاحب الحنطة (وحجتنا) في ذلك ان الزرع غير الحنطة لان الحنطة مطعوم بنى آدم والزرع بقل هو علف الدواب وهذا الزرع حادث لانه ما لم يفسد الحب في الارض لا ينبت الزرع فاما ان يكون حادثا بأصل الحنطة أو بقوة الارض والهواء أو بعمل الزارع والاول باطل لان كونه حنطة ليس بعلة لبقائها كذلك حنطة فكيف تكون علة لحدوث شئ آخر وقوة الارض والهواء كذلك لانهما مسخران بتقدير الله تعالى لا اختيار لهما فلا يصلح اضافة الحكم اليهما بقي عمل الزارع وهو فى معنى الشرط لانه يجمع بين البذر وقوة الارض والهواء بعمله وقد بينا انه يضاف الحكم الى الشرط عند تعذر الاضافة الى العلة كما أن الواقع في البئر يضاف هلاكه الى الحافر وعمله في الشرط ولكن ما كان علة وهو تأملة ومشبه بغير علة لا يصلح عمله لاضافة الحكم اليه فيكون مضافا الى الشرط واذا ثبت انه مضاف الى عمل الزارع كان هو مكتسبا للزارع والكسب ملك للمكتسب وعليه ضمان ما صار مستهلكا بعمله الا أنه لا يطيب له الفضل فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له الفضل لانه كسبه ولكنا نقول دخل في كسبه من حيث انه استعمل فى الاكتساب ملك الغير ولانه من حيث الصورة هذا متولد من ذلك الأصل كما قاله الخصم ومن حيث المعنى والحكم غيره فلاعتبار الصورة قلنا لا يطيب له الفضل احتياطا وعلى هذا لو غصب نواة فانبتها أو تالة(١) فغرسها الا انه روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال فى التالة لا يحل له أن ينتفع بها حتى يؤدى الضمان وفي الزرع والنواة له ذلك لان البذر والنواة تفسد فى الأرض فكان الزرع والشجرة كسب الغاصب من كل وجه فيجوز له الانتفاع به قبل أداء الضمان المستهلك وأما التالة فلا تفسد ولكنها تنمو وانما جعلنا الشجرة غير التالة من حيث الحكم فلا يحل له الانتفاع بها قبل أداء الضمان كما فى الحنطة اذا طحنها . وفى ظاهر الرواية الجواب فى

---

(١) التالة بالمثناة الفوقية واحدة التال وهو صغار النخل وفسلانها اه كتبه مصححه

الفصلين سواء وعلى هذا لو غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة له حتى أفرخت فهذا ومسئلة الزرع سواء والمغايرة بين الفرخ والبيضة لا تشكل على أحد لان هذا حيوان وذلك موات ولا يدخل على شئ من هذا اذا غصب شجرة وقلعها وكسرها لان القلع نقصان محض لا يتبدل به اسم العين ثم الكسر تحقيق ماهو المقصود بالشجرة بعد القلع وهو الحطب فهو كمسئلة الشاة اذا ذبحها وسلخها ﴿مسلم﴾ غصب خمرا من مسلم فاستهلكها فلا ضمان عليه لان الخمر ليس بمال متقوم فان الشرع أفسد تقومه حين حرم تموله وان جعلها خلا فلرب الخمر أن يأخذها لان بفساد معنى التمول والتقوم لا تخرج من أن تكون مملوكة للمسلم اذا الملك صفة للعين والعين باقية ولهذا جاز له امساك الخمر للتخلل وكان أحق بها من غيرها فان خللها الغاصب من غير القاء شئ فيها فالعين باقية على حالها لبقاء الهيئة كما كانت وإن ألقى فيها ملحا فالملح صار مستهلكا أيضا وان صب فيها خلا فهذا خلط الا ان الخلط انما يزيد ملك المغصوب منه بشرط الضمان وايجاب الضمان هنا متعذر لان الخمر لا يضمن للمسلم بالاستهلاك فلهذا كان شريكا في المخلوط بقدر ملكه. وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه قالوا هذا على وجهين. أما اذا ألقى الجلد صاحبه فاخذه إنسان ودبغه فهو مملوك له لان صاحبها ألقاه تاركا له بمنزلة من يلقي النوى وقشور الرمان فيجمع ذلك انسان وينتفع به فانه يكون مباحا له وأما اذا غصب الجلد من صاحبه ودبغه بشئ لا قيمة له كالتراب والشمس فصاحبه أحق به يأخذه ولا يعطي الغاصب شيأ لان ملكه باق بعد الموت ولم يحدث الغاصب فيه زيادة مال متقوم وقد بينا ان صنعته انما تعتبر اذا أمكن تحويل حق صاحب الأصل الى الضمان وهذا غير ممكن هنا لان جلد الميتة لا يضمن بالاستهلاك * وأما اذا دبغه بشئ له قيمة كالشب والقرظ والعفص وما أشبه ذلك فلصاحب الجلد أن يأخذ جلده ويضمن مازاد الدباغ فيه لانه عين مال قائم للغاصب بمنزلة الصبغ في الثوب ولكن ليس له أن يدع الجلد ويضمنه قيمته هنا بخلاف الثوب لان الثوب بدون الصبغ كان مالا متقوما والجلد قبل الدباغ لم يكن مالا متقوما حتى ذكر في كتاب الاجارات لو غصبه جلدا ذكيا فدبغه بشئ له قيمة فان شاء صاحب الجلد ضمنه قيمة الجلد غير مدبوغ وان شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لان الجلد الذكي مال متقوم قبل الدباغ فهو ومسألة الثوب سواء * وان غصبه عصيرا فصار عنده خمرا فله ان يضمنه قيمة العصير لان المغصوب كان مالا متقوما وبالتخمير يصير هذا الوصف منه مستهلكا * ومراده

من قوله يضمنه قيمة العصير أن الخصومة بعد انقضاء أوان العصير فأما في أوانه يضمنه مثله لان العصير من ذوات الامثال وان لم يحضر حتى صارت خلا فان شاء أخذ الخل وان شاء ضمنه قيمة العصير لان العين باق ببقاء الهيئة ولكنه تغير من صفة الحلاوة الى صفة الحموضة فان شاء رضي به متغيراً ولا يضمنه شيئاً آخر لان العصير مال الربا وقد بينا انه لا يثبت فيه حق تضمين النقصان مع أخذ العين ولم يذكر هذا الخيار قبل التخلل. فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول لاخيار له لانه لو ثبت له الخيار هناك لكان أخذ الخمر عوضا عما استوجب من قيمة العصير وذلك لا يجوز والاصح أن هناك يثبت الخيار أيضا بطريق أنه يكون مبرئا عن الضمان ثم يأخذ خمره ليخلله كما لو كان العصير وديعة له في يده فتخمر ﴿ رجل ﴾ له حنطة عند رجل وشعير لآخر عند ذلك الرجل أيضا وديعة فخلطهما من لا يقدر عليه ولا يعرف * قال يباعان ثم يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير وهذا عندهما وهو الاستحسان عند أبي حنيفة أيضا. فأما في القياس على قوله المخلوط صار مملوكا للخالط وحق كل واحد منهما في ذمته ولا ولاية لهما عليه في بيع ماله لحقهما ووجه الاستحسان ان المخلوط وان صار مملوكا للخالط ولكن لم ينقطع حقهما عنه بل يتوقف تمام انقطاع حقهما على وصول البدل اليهما ألا ترى أنه لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط مالم يؤد البدل اليهما واذا بقي حقهما فيه قلنا يباع لايفاء حقهما عند تعذر استيفاء الضمان من الخالط كالمبيع في يد البائع يباع في الثمن اذا تعذر استيفاؤه من المشترى لغيبته ثم يضرب صاحب الحنطة في الثمن بقيمة حنطته مخلوطاً بالشعير وصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص بالاختلاط بالشعير وانما دخل في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي دخلت في البيع والشعير تزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة ولكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق الضرب بها معه فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط (قال) وكذلك كل ما يكال أو يوزن يعني اذا تحقق الخلط على وجه يتعسر معه التمييز أو يتعذر فان اختلفا في مبلغ كيل الحنطة والشعير وقد باعهما مجازفة واستهلكهما المشترى فالقول في الحنطة قول صاحب الشعير وفي الشعير قول صاحب الحنطة لان كل واحد منهما يدعى زيادة في مقدار ملكه وكل واحد منهما غير مصدق فيما يدعى لنفسه على صاحبه وكل واحد منهما منكر للزيادة التي يدعيها صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانكاره وبعد ما حلف يقسم

الثمن بينهما على مقدار مازعم صاحبه المنكر من ملك كل واحد منهما ﴿ثوب﴾ في يدي رجل أقام رجل البينة انه ثوبه غصبه اياه هـذا وأقام الذى في يديه البينة انه وهبه له (فقال) أقضى للذى هو فى يديه لانه يثبت سبب الملك الحادث لنفسه وصاحبه ينفي ذلك . ولانا نجعل كان الامرين كانا والهبة بعد الغصب تتحقق موجبا للملك وكذلك لو أقام البينة على البيع منه بثمن مسمى أو على اقراره أنه ثوبه لان البيع والاقرار بالملك بعـد الغصب يتحقق فتقبل البينتان جميعاً (وان) كان فى أيديهما جميعا فاقام كل واحد منهما البينة انه ثوبه غصبه الا خر اياه قضيت به بينهما نصفين لان كل واحد منهما يثبت على صاحبه انه غصب ما في يده منه وفى يد كل واحد منهما نصفه فكان بينة كل واحد منهما فيما في يد صاحبـه أولي بالقبول فلهذا قضى لكل واحد منهما بالنصف الذى في يد صاحبه *فان أقام رجل البينة انه ثوبه استودعه الميت الذى هذا وارثه وأقام آخر البينة أنه ثوبه غصبه اياه الميت قضيت به بينهما لان كل واحد منهما أثبت الملك لنفسه فى جميع الثوب ان وصوله الى يد الميت كان من جهته فاستويا ولا ترجح لمدعى الغصب فى معنى الضمان لان الضمان للآخر ثابت أيضاً فان المودع اذا مات مجهلا للوديعة يكون ضامناً ولان المقصود اثبات الملك فى العين ولا معتبر بضمان القيمة مع بقاء العين * وان جاء بالبينة علي دراهم بعينها أنها ماله غصبها اياه الميت فهو أحق بها من غرماء الميت لانه أثبت بالبينة ملك العين لنفسه فان الدراهم تتعين فى الغصب ولهذا لا يملك الغاصب إمساك العين ورد المثل وحق الغريم انما كان في ذمة الميت فيتعلق بعد موته بماله دون مال المغصوب منه *وان أقام رجل البينة ان هذا ثوبه غصبه ذو اليد وأقام آخر البينة ان ذا اليد أقر به له أقضي به للذى أقام البينة انه ثوبه غصبه اياه لانه أثبت الملك لنفسه بالبينة وأثبت ان ذا اليد كان غاصبا والآخر انما أثبت ببينته اقرار الغاصب له بالملك واقرار الغاصب ليس بحجة فى الاستحقاق علي المالك ﴿ رجل ﴾ غصب ثوب رجل فاودعه عند آخر فهلك عنده فلصاحبه ان يضمنه أيهما شاء لان كل واحد منهما متعد في حقه فان المالك غير راض بقبض المودع فهو كالغاصب فى حقـه فان ضمن المستودع رجع علي الغـاصب بما ضمن لانه في حفظ العين كان عاملا له وكان مغرورا من جهته حين أخبره انه ملـكه وانه لا يغرم شيئا ان هلك فى يده * ولم يذ كر ان المودع إذا رد الثوب على الغاصب أو كان غصب منه فرده عليه هل يبقى للمالك عليه سبيل ﴿ والجواب ﴾ انه لاسبيل للمالك عليه الا في رواية عن

أبي يوسف رحمه الله فانه يقول صار ضامنا للمالك بقبضه فلا يبرأ إلا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ويد الغاصب لا تقوم مقام يد المالك فلا يبرأ بالرد عليه. ولكنا نقول وجوب الضمان عليه باعتبار يده وقد انفسخ ذلك حين أعاده الى يد من وصلت اليه من جهته فانعدم به حكم يده وكان هذا في حقه بمنزلة رد الغاصب العين على مالكه (واذا) قال الرجل لآخر غصبتني هذه الجبة المحشوة وقال الغاصب ماغصبتكها ولكن غصبتك الظهارة فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره مادعاه فانه ادعى غصب الجبة والظهارة ليست بجبة ولانه منكر الغصب في البطانة والحشو ولو أنكر الغصب في الكل كان القول قوله مع يمينه ثم اذا حلف يضمن قيمة الظهارة لاقراره بغصب الظهارة واقراره حجة في حقه فكان غايته غصب الظهارة وجعلها جبة . وان قال غصبتك الجبة ثم قال بعد ذلك البطانة والحشو لى لم يصدق لانه رجع عما أقر به فاسم الجبة يتناول الكل * وكذلك لو قال غصبتك هذا الخاتم ثم قال فصه لى أو هذه الدار ثم قال بناؤها لى أو هذه الارض ثم قال شجرها لى أو أنا غرستها لم يصدق على شئ من ذلك لكونه راجعا فان البناء والشجر تبع للأصل فيصير مذكوراً بذكر الاصل ويثبت حكم الغصب فيه بثبوته في الاصل والفص في الخاتم كذلك فيكون راجعاً بدعواه الملك لنفسه فيما أقر به لغيره * وان قال غصبتك هذه البقرة ثم قال عجولها لى أو قال هذه الجارية ثم قال ولدها لى فالقول قوله لان الولد منفصل فلا يكون تبعا للام فاقراره بالأصل لا يتعدى اليه بخلاف الاستحقاق باليد عندنا . وقد بينا هذا الفرق في الدعوي فلا يكون هو في دعوى الولد لنفسه مناقضاً بل يكون متمسكا بما هو الاصل وهو ان مافي يده فالظاهر أنه ملكه إلا ما يقربه لغيره (رجل) غصب من رجل ثوباً ثم ان الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تخرق ولم يعرفه فلا شئ له على الغاصب . وكذلك المكيل والموزون اذا غصب منه ثم أطعمه إياه بعينه أو وهبه فأكله ولم يعرفه فالغاصب برئ عن الضمان عندنا وفي أحد قولى الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يبرأ لانه ماأتى بالرد المأموربه فانه غرور منه والشرع لا يأمر بالغرور والغاصب لا يستفيد البراءة الا بالرد فاذا لم يكن يوجد صار ضامناً ولانه ماأعاد الى ملكه كما كان لان المباح له الطعام لا يصير مطلق التصرف فيما أبيح له فكان فعله قاصرا في حكم الرد فلو جعلنا هذا رداتضرر به المغصوب منه لانه اقدام على الأكل بناء

علي خبره انه أكرم ضيفه ولم علم أنه ملكه ربما لم يأكله وحمله الى عياله فأكله معهم فلدفع الضرر عنه بقى الضمان علي الغاصب . وحجتنا فى ذلك أن الواجب على الغاصب نسخ فعله وقد تحقق ذلك . أما من حيث الصورة فلانه وصل الى يد المالك وبه ينعدم ما كان فائتا . ومن حيث الحكم فلانه صار به متمكنا من التصرف حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه غير انه جهل بحاله وجهله لايكون مبقيا للضمان فى ذمة الغاصب مع تحقق العلة المسقطة كما ان جهل المتلف لا يكون مانعاً من وجوب الضمان عليه مع تحقق الاتلاف اذا كان يظن انه ملكه * وقد بينا ان الغرور بمجرد الخبر لا يوجب حكماً انما المعتبر مايكون فى ضمن عقد ضمان ولم يوجد ذلك فان الغاصب المضيف ماشرط لنفسه عوضا ولان أكثر مافى الباب أن لايكون فعل الغاصب هو الرد المأمور به ولكن تناول المغصوب منه عين المغصوب كاف فى اسقاط الضمان عن الغاصب . ألا ترى أنه لوجاء الى بيت الغاصب وأكل ذلك الطعام بعينه وهو يظن انه ملك الغاصب برئ الغاصب من الضمان فكذلك اذا أطعمه الغاصب إياه . وان كان الغاصب قد نبذ التمر ثم سقاه فهو ضامن للتمر لانه بدل العين بما صنع وتقرر ضمان التمر في ذمته فسقى النبيذ اياه لايكون رداً للعين المغصوب منه ولا أداء الضمان . وكذلك كل مايشبهه كالدقيق اذا خبزه ثم أطعمه أو اللحم اذا شواه ثم أطعمه (قال) وكذلك اذا غصب حديداً فجعله درعا فهو ضامن لحديد مثله وان لم يقدر على ذلك ضمن قيمته . وكذلك اذا غصب صفرا فجعله كوزاً لانه غيره عن حاله وصار الغاصب مستهلكا وهذا الحادث حادث بفعل الغاصب لتبدل العين صورة ومعنى واسما وحكماً ومقصوداً فلهذا لاسبيل له على المصنوع وكان الكرخى يقول هذا اذا كان بعد الصنعة لايباع وزنا أما اذا كان يباع وزناً ينبغى أن يكون للمغصوب منه حق أخذ المصنوع إن شاء عند أبى حنيفة رحمه الله كما في البقرة لبقاء حكم الربا والأصح أن الجواب مطلق لان اسم العين قد تبدل بصنع الغاصب بخلاف القلب علي ما نبينه فان كسر صاحب الصفر الكوز بعد ما ضمن له الغاصب قيمة صفره فعليه قيمة الكوز صحيحة لان الكوز مملوك للغاصب وهو ملك محترم فيكون المغصوب منه الصفر فى كسره كغيره وكذلك ان كسره قبل أن يقضى له بالقيمة لان الكوز مملوك لانه كان حادثا بعمله فيكون الحال قبل القضاء بالقيمة وبعده سواء في حقه الا انه يحاسبه بما عليه لان المغصوب منه استوجب عليه قيمة الصفر والغاصب استوجب عليه قيمة الكوز فيتقاصان

ويترادان الفضل * فان غصب فضة فضربها دراهم أوصاغها إناء فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا والحديد والصفر سواء لان الاسم تبدل بصنعة الغاصب وكذلك الحكم فان البقرة لاتصلح رأس مال الشركة والمضاربة والدراهم تصلح لذلك ولا معتبر بالتمكن من الاعادة فان هذا موجود في الحديد والصفر ثم جعل هناك الثاني غير الأول وجعل الاناء حادثا بعمل الغاصب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول هنا للمغصوب منه أن يأخذها ولا أجر للغاصب وعلل فقال لانه فضة بعينها لاتخرج من الوزن بخلاف الحديد والصفر . وبهذا الحرف يستدل الكرخي في تقسيم الجواب هناك . ثم معنى هذا التعليل ان اسم العين لا يتبدل لان اسم العين هو الذهب والفضة وهو يبقى بعد الصنعة انما يتبدل اسم الصنعة فان الدراهم والدنانير اسم الصنعة وكذلك حكم العين باق فان حكم العين انه موزون ويجرى فيه الربا بعلة الوزن وتجب الزكاة فيه باعتبار العين فأما صلاحية رأس مال الشركة والمضاربة فهو حكم الصنعة لاحكم العين ولهذا يقول مالا يتفاوت من الفلوس الرائجة فى هذا الحكم كالذهب والفضة فاذا بقي اسم العين وحكم العين كان ذلك دليل بقاء العين المغصوب وان تعذر على المغصوب منه أخذه انما يتعذر للصنعة ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة من الاصل وبه فارق الحديد والصفر فان الصنعة هناك تخرجها من الوزن ومن أن تكون مال الربا وللصنعة في غير مال الربا قيمة مع ان اسم العين وحكمه قد تبدل هناك كما قررنا * وان غصب حنطة فاستهلكها ثم باعه بها شعيراً أوغيره مما يكال أو يوزن أومن العروض قبل القبض فلا بأس به يداً بيد لان الواجب مثل الحنطة فى ذمته وبيع الحنطة بالشعير جائز كيفما كان ولو كانت الحنطة عيناً فكذلك اذا كان ذلك ديناً إلا ان الدين بالدين حرام فيشترط قبض مايقابلها في المجلس فلاتنعدم الدينية من الجانبين * وكذلك ان أقرضه طعاماً فله أن يأخذ مابدا له بخلاف البيع والسلم يريد به ان الاستبدال بالمبيع قبل القبض لايجوز والمسلم فيه في حكم المبيع فأما بدل القرض والغصب ليس في حكم المبيع حتى يجوز اسقاط القبض فيه أصلا فى الابراء فكذلك في الاستبدال به كالثمن فى البيع * واذا غصب رجل دابة من رجل فاقام صاحبها البينة انها نفقت عند الغاصب وأقام الغاصب البينة انه قد ردها اليه وانها نفقت عنده فلا ضمان عليه وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسئلة وان بينة المغصوب منه بطريق استصحاب الحال وبينة الغاصب وافقت علي أمر هو حادث وهو الرد

فكانت أولى بالقبول ﴿مسلم﴾ غصب من نصراني خمراً فاستهلكها فعليه ضمان قيمتها عندنا وقال الشافعي لا ضمان عليه وكذلك الخنزير. وجه قوله أن الخمر والخنزير محرم العين ولا يضمن بالاتلاف حقاً للمسلم فكذلك للذمي لان حقوقهم دون حقوقنا وهذا لانا بعقد الذمة انما ضمنا ترك التعرض لهم في الخمر والخنزير وايجاب ضمان القيمة على المتلف أمر وراء ذلك تحقق هذا أن ترك التعرض لاعتقادهم أن الخمر والخنزير مال متقوم ولكن اعتقادهم لا يكون حجة على المسلم المتلف في ايجاب الضمان وانما يكون معتبراً في حقهم ولهذا لا نحدهم على شربها ولا ندع أحداً يتعرض لهم في ذلك ولا يتعرض لهم في الانكحة أيضاً * والدليل على ان اعتقادهم لا يكون حجة على الغير أن المجوسي اذا مات عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئاً ولم يجعل اعتقادهم معتبراً في استحقاق التفضيل بشيء من الميراث علي الاخرى * وكذلك العبد المرتد لا يضمن للذمي بالاتلاف وان كان هو يعتقد انه مال متقوم وانه محق في اعتقاده ثم لم يصر اعتقاده حجة في ايجاب الضمان على المتلف الا أن هناك يتعرض له في ذلك لانا بعقد الذمة ما ضمنا ترك التعرض لهم في ذلك . وحجتنا في ذلك قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوماً في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من الثمن (وذكر) أبو عبيدة في كتاب الاموال أن عمر رضي الله تعالى عنه كتب الي عماله أن اقتلوا خنازير أهل الذمة واحتسبوا لاصحابها بقيمتها من الجزية فهذا تنصيص منه علي انه مال متقوم في حقهم يضمن بالاتلاف عليهم والمعنى فيه ان الخمر كان مالا متقوماً في شريعة من كان قبلنا وكذلك في شريعتنا في الابتداء ثم ان الشرع أفسد تقومه بخطاب خاص في حق المسلمين حيث قال (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان) الى قوله تعالى فهل أنتم منتهون) فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب علي ما كان من قبل . هذا من حيث الصورة ومن حيث المعنى ان حرمة العين وفساد التقوم ثبت بخطاب الشرع وقد أمرنا ان نتركهم وما يدينون لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب عنهم حين لم يعتقدوا الرسالة في المبلغ وانقطعت ولاية الالزام بالسيف والمحاجة لمكان عقد الذمة ويصير في حقهم كأن الخطاب غير نازل فيبقى الحكم على ما كان . ألا ترى ان من

شرب الخمر من المسلمين بعد ما نزل خطاب التحريم قبل علمه به لم يكن معاتبا بذلك كما قال الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية * وكذلك أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد ما نزلت فريضة التوجه الى الكعبة وجاز ذلك منهم كأن الخطاب غير نازل حين لم يبلغهم فهذا مثله أيضاً . وأمر الانكحة على هذا وليس فى هذا توسعة الامر عليهم بل فيه استدراج وترك لهم على الجهل وتمهيد بعقوبة الآخرة والخلود في النار وتحقيق لقول النبي صلى الله عليه وسلم الدنيا سجن المؤمن وجنة الكافر . وبهذا تبين فساداً ما قال ان اعتقاده لا يكون حجة على المتلف لانا لا نوجب الضمان باعتبار اعتقاده ولكن يبقى ما كان على ما كان وهو المالية والتقوم * ثم وجوب الضمان بالاتلاف لا يكون به المحل مالا متقوماً ولكن شرط سقوط الضمان بالاتلاف انعدام المالية والتقوم فى المحل وهذا الشرط لم يثبت فى حقهم مع أنا لما ضمنا بعقد الذمة ترك التعرض لهم فقد التزمنا حفظها وحمايتها لهم والعصمة والاحراز تتم بهذا الحفظ ووجوب الضمان بالاتلاف ينبني على ذلك فكان هذا من ضرورة ما ضمناه بعقد الذمة بخلاف قتل المرتد فانا ما ضمنا لهم ترك التعرض فى ذلك لما فيه من الاستخفاف بالدين وكان نظير ذلك من العقود الربا فانه يتعرض لهم فى ابطال عقود الربا بينهم لانا لم نضمن لهم ترك التعرض لهم فى ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد . وهذا لان ذلك فسق منهم فى الاعتقاد ولا ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا فى اعتقادهم قال الله تعالى (وأخذهم الربوا وقد نهوا عنه) وكذلك الجواب في موقوذة المجوسي الصحيح ان المسلم يضمنها له بالغصب والاتلاف وهو قول أبي يوسف رحمه الله وقد روى عن محمد رحمه الله انه لا يضمنها كالميتة والدم لانها ليست بمال فى اعتقاد أهل الذمة وقد أمرنا ان نبنى أحكام المجوس على أحكام أهل الكتاب كما قال النبي صلى الله عليه وسلم سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب الحديث الا أن هذا ضعيف فانا فى حكم الانكحة اعتبرنا اعتقاد المجوس من غير ان نبنى ذلك على اعتقاد أهل الكتاب والعذر عن فصل الميراث بالزوجية بيناه فى النكاح انه ليس من ضرورة الحكم بصحة النكاح استحقاق الميراث وهذا كله بخلاف مالو أتلف متروك التسمية عامدا على شفعوى المذهب لان ولاية الالزام بالمحاجة والدليل هنا ثابت وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية حرام ليس بمال فلهذا لا يعتبر اعتقادهم فى ايجاب الضمان (ولو) غصب نصرانى من نصرانى خمراً فاستهلكها فعليه مثلها

لان الخمر من ذوات الامثال والمصير الى القيمة في ذوات الامثال عند العجز عن أداء المثل وذلك في حق المسلم دون النصراني لانه قادر على تمليك الخمر من غيره بعوض ولهذا جازت المبايعة بالخمر فيما بينهم وان أسلم الطالب بعد ماقضي له بمثلها فلا شئ له على المستهلك لان الخمر في حق المسلم ليس بمال متقوم * ولو احتبس عينها عند النصراني له بالغصب والاستهلاك لم يضمنه شيئاً فكذلك اذا احتبس ماصار ديناً منها ولكنه باسلامه يكون مبرئا له عما كان له في ذمته من الخمر لانه يخرج بفعله من أن يكون مالا متقوما في حقه ومن أن يكون متمكنا من قبضه وكذلك لو أسلما معا لان في اسلامهما إسلام الطالب ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم الطالب فعلي قول أبي يوسف وهو روايته عن أبي حنيفة رحمهما الله الجواب كذلك وفي قول محمد رحمه الله تعالي وهو رواية عافية وزفر عن أبي حنيفة رحمهما الله على المطلوب قيمة الخمر. وجه قول محمد رحمه الله أن الاسلام الطارئ بعد تقرر سبب الضمان يجعل كالمقترن بالسبب كما ان الاسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل كالمقترن بالعقد ثم اقتران اسلام المطلوب بغصب الخمر واستهلاكها لا يمنع وجوب ضمان القيمة بخلاف اسلام الطالب فكذلك الطارئ وهذا لان خمر الذمي يجوز أن يكون مضمونا في يد المسلم فكذلك يجوز أن يكون مضمونا في ذمة المسلم . وبهذا تبين انه ليس في اسلام المطلوب معنى البراءة وأما خمر المسلم يجوز أن يكون مضمونا في يد الذمي فكذلك في ذمته فكان إسلامه مبرئا بهذا الطريق وهو انه يمنع بقاءها في ذمته بعده ولا يمكن جعل أصل السبب موجباً للقيمة في الاسلام المقارن لانه وجب به ضمان المثل فلا تجب به القيمة أيضاً بخلاف النكاح فان على قول محمد يجب قيمة الخمر بعد اسلام أحدهما كانت بعينها أو بغير عينها لان اسلام الطالب مبرئ من حيث تعذر ابقائها في الذمة أو مضمونا في يد الزوج بعد اسلامهما ولكن هذا لا يمنع وجوب ضمان القيمة بأصل السبب لان هذه القيمة عوض عن البضع وشرط وجوبها صحة التسمية لا بقاء استحقاق المسمى وقد كانت التسمية صحيحة حين كان المسمى مالا متقوماً يومئذ وأبو يوسف رحمه الله يقول تعذر قبض الخمر المستحق في الذمة بسبب الاسلام فلا تجب القيمة كما لو أسلم الطالب . وتحقيقه أنه لما وجب الخمر بالسبب دينا في ذمته فلا يمكن ايجاب القيمة باعتبار أصل السبب ولا يمكن ايجاب القيمة عوضاً عما كان في الذمة لان شرطها تمليك ما في الذمة بها والذمي لا يقدر علي تمليك الخمر من المسلم بعوض كما ان المسلم

لا تملك الخمر بعوض فلا نعدام الشرط يتعذر استيفاء القيمة كما لو هشم قلب فضة إنسان ثم تلف المكسور في يد صاحب القلب ليس له ان يضمن الكاسر شيئاً لان شرط تضمين القيمة تمليك المكسور منه وذلك فائت وبه فارق الاسلام القلاون لان وجوب القيمة هنالك باعتبار أصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجناية من غير ان يكون موجباً الملك في المحل عند التعذر كما في غصب المدبر * وان غصب خنزيرا فاستهلكه ثم أسلم أحدهما أو أسلما فعليه قيمته لان بنفس الاستهلاك وجبت القيمة هنا فان الحيوان ليس من ذوات الامثال والقيمة دراهم أو دنانير فلا يمتنع بقاؤها في الذمة واستيفاؤها بعد اسلامهما أو اسلام أحدهما * ولو غصب مسلم من مسلم خمراً فجعلها خلا ثم استهلكها فعليه خل مثلها لانه بعد ما جعلها خلا بقيت على ملك صاحبها حتى كان له أن يأخذها منه فاذا استهلكها فقد استهلك مالا متقوماً لغيره وذلك موجب للضمان عليه امانة كانت عنده أو مضمونة * وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه بشيء لا قيمة له ثم استهلكه فعليه ضمان قيمته لانه باق على ملك صاحبه ولهذا يتمكن من أخذه من غير أن يعطيه عوضاً . ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يضمنه قيمته طاهراً غير مدبوغ لان صفة الدباغ حصل بفعله فلا يوجب الضمان عليه ولكن من ضرورته زوال صفة النجاسة وذلك غير حاصل بفعله بل بتميز الجلد من الدسومات النجسة . وأكثرهم على أنه يضمنه قيمته مدبوغا لان صفة الدباغ هنا تبع للجلد وهو غير معتبر منفرداً عن الجلد ولهذا لا يغرم باعتباره شيئا واذا صار أصل الجلد مضمونا عليه بالاستهلاك فكذلك ما يتبعه كالخمر اذا خلله فأما اذا دبغه بشيء له قيمة ثم استهلكه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطيه مازاد الدباغ فيه * وجه قولهما ان الجلد باق على ملك صاحبه بعد الدباغ وهو مضمون الرد على الغاصب ولكن يشترط ان يعطيه مازاد الدباغ فيه فاذا استهلكه كان ضامنا كالثوب المغصوب اذا صبغه ثم استهلكه وهذا لمعنيين (أحدهما) ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما في الثوب الا أن هناك السبب الأول وهو الغصب غير موجب للضمان أيضا فله أن يضمنه بأي السببين شاء وهنا الأول وهو الغصب موجب للضمان فيتعين التضمين بالسبب الثاني وكان هو في هذا السبب كغيره ولو استهلكه

غيره كان للمغصوب منه ان يضمن المستهلك ويعطى الغاصب مازاد الدباغ فيه (والثانى) وهوانه لما بقى الجلد مضمون الرد عليه واذا تعذر رد عينها باستهلاكه يجب عليه رد قيمته لانه بالاستهلاك فوت ما كان مستحقا عليه والتفويت موجب للضمان وبه فارق ما لو هلك في يده فان التفويت منه لم يوجد وهو نظير المستعار اذا فوت المستعير رده بالاستهلاك ضمن قيمته بخلاف ما اذا فات بغير صنعه * وكذلك لو دبغه بشئ لاقيمة له أوجعل الخمر خلا فلا يضمن اذا فوت الرد بالاستهلاك ولا يضمن اذا هلك فى يده * وحجة أبى حنيفة رحمه الله فى ذلك ان المغصوب منه استفاد المالية والتقوم فى هذا الجلد من الغاصب ببدل استوجبه الغاصب عليه فلا يكون له ان يضمنه شيئا بعد استهلاكه كما لو استهلك البائع المبيع قبل التسليم* وتقريره من وجهين (أحدهما) أن الاستهلاك غير موجب للضمان عليه باعتبار مازاد الدباغ فيه لان ذلك كان مملوكا له قبل الاتصال بالجلد وبعد الاتصال بقى حقا له حتى كان له أن يحبسه ليستوفى بدله والجلد بدون هذا الوصف لا يكون مضمونا عليه بالاستهلاك كما لو استهلكه قبل الدباغ وبه فارق الثوب فان الاستهلاك فيه بدون صفة الصبغ موجب للضمان وبه فارق ما اذا دبغه بشئ لاقيمة له لان الصنعة ما بقيت حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لايحبسه ولا يرجع ببدله وكذلك الخمر اذا خلله (والثانى) أن ما اتصل بالجلد من الصفة هنا مال متقوم للغاصب حقيقة وحكما وهو قائم من كل وجه وقد كان مالا قبل الاتصال بالجلد وبقى بعده كذلك وأما أصل الجلد لم يكن مالا متقوما قبل الدباغ وما كان مالا بنفسه ومتصلا بغيره يترجح على مالم يكن مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال فتكون العبرة للراجح واستهلاكه فيه غير موجب للضمان بخلاف الثوب لان الاصل هناك كان مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال ولما استويا فى صفة المالية رجحنا ما هو الأصل . واذا دبغه بشئ لاقيمة له فالوصف هنا ليس بمال قبل الاتصال ولا بعده والأصل مال بعد الاتصال فرجحنا جانب الاصل لهذا ولا يقال في حال بقاء الجلد رجحنا حق صاحب الاصل حتى مكناه من أخذه . ويملك الوصف على الغاصب بعوض وهذا لان أخذ العين كان باعتبار الملك دون المالية والتقوم ولهذا كان متمكنا من استرداده قبل الدباغ وفي حكم الملك الاصل مرجح لانه كان مملوكا قائما بنفسه قبل الاتصال وبعده فأما وجوب الضمان عند الاستهلاك باعتبار صفة المالية والتقوم وصفة الدباغ فى معنى المالية والتقوم يترجح على

أصل الجلد فيعتبر ذلك في ايجاب الضمان * يحقق ما قلنا أن فائدة وجوب الضمان الاستيفاء ولا يستوفى منه قدر مالية الدباغة بالاتفاق وكيف يستوفى منه ماهو واجب له على غيره *ولو ظفر صاحب الحق بجنس حقه فاستهلكه لم يغرم شيئا فاذا ظفر بعين حقه فاستهلكه أولى أن لا يضمن شيئا فاذا تعذر ايجاب هذا القدر عليه انفصل أصل الجلد عن صفة الدباغة حكما فيعتبر بما لو كان منفصلا حقيقة فلا يجب عليه ضمان قيمة الجلد وهما قد اعتبرا هذا حتى قالا لا يكون له أن يضمنه قيمة الجلد غير مدبوغ (ولو) غصب من رجل عينا فقال المغصوب منه للغاصب أبرأتك عن الغصب ثم هلك في يد الغاصب لم يضمن شيئا في قول علمائنا رحمهم الله . وقال زفر هو ضامن للقيمة لان الابراء عن العين لغو فان الابراء اسقاط والعين ليست بمحل له اذ لا تسقط حقيقة ولا يسقط ملك المالك عنها أيضا واضافة التصرف الى غير محله لغو. ولكنا نقول قوله أبرأتك عن الغصب أى عما وجب لى عليك بسبب الغصب بمنزلة ابراء المجنى عليه الجانى عن الجناية وابراء المشترى البائع عن العيب والواجب له بسبب الغصب رد العين عند قيامه ورد القيمة عند هلاكه وذلك قابل للاسقاط فيسقط عنه واذا سقط عنه ذلك بقى العين امانة في يده كالوديعة ولانه لو أبرأه بعد تقرر الضمان عليه بالهلاك صح الابراء فكذلك اذا أبرأه بعد تقرر السبب (ولو) غصب جارية فحبلت عند الغاصب ثم ردها فولدت ثم هلكت بالولادة يجب عند أبى حنيفة رحمه الله على الغاصب ضمان قيمتها وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقوم حاملا وغير حامل فيكون على الغاصب ضمان النقصان لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بعيب الحبل وذلك موجب ضمان النقصان عليه فاما هلاكها بسبب الآلام الحادثة بعد الرد وهو الطلق فلا يبطل به حكم الرد كما لو حمت الجارية عند الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت عند الغاصب ثم ردها فجلدت وماتت من ذلك لم يضمن الغاصب الا نقصان عيب الزنا * وكذلك المبيعة إذا سلمها الى المشترى وهى حبلى فماتت فى الولادة لم يرجع المشترى على البائع بجميع الثمن بالاتفاق وأبو حنيفة رحمه الله يقول الواجب على الغاصب نسخ فعله بالرد ولم يوجد ذلك حين ردها لا على الوجه الذى قبضها ولما هلكت بالسبب الذى كان عند الغاصب يجعل فى الحكم كأنها هلكت عند الغاصب كما لو جنت عند الغاصب ثم ردها فدفعت فى الجناية فانه يضمن قيمتها ويجعل كانه لم يردها أصلا بخلاف الحمى لان الهلاك لم يكن بالسبب الذى كان

عنـد الغاصب انما كان لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتواليـة وذلك لايحصل بأوله الحمى عند الغاصب وان ذلك غير موجب لما كان بعده . وهنا أصل السبب ما كان عند الغاصب لان الحبل يوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب آلام الولادة فما يحدث به يكون محالا على السبب الأول. بخلاف الجلد لان الزنا يوجب جلدا مؤلما غـير جارح ولا متلف ولهذا يختار سوطا لاثمرة له فـلم يكن الهلاك محالا به على السبب الذي كان عنـد الغاصب وهذا بخلاف الشراء لان الشراء يوجب تسليم المبيع الى المشترى على الوجه الذى يتناوله العقد وهو انه مال متقوم وقد وجـد ذلك باعتبار ظاهر الحال وهو ان الغالب فى الولادة السلامـة فانما على الغاصب نسخ فعله وذلك فى أن يرده كما قبضه ولم يوجـد ذلك * ألا ترى أن البائع لو قطع يده ثم باعه وسلمه الى المشترى فمات من ذلك فى يده لم يرجع بجميع الثمن بخـلاف الغاصب اذا قطع يدها ثم ردها فماتت من ذلك * ثم على قـول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هى قد تعيبت في يد الغاصب بعيب الزنا والحبل جميعاً *فى القياس يضمن الغاصب نقصان العيب وهو قول محمـد رحمه الله. وفي الاستحسان وهو قول أبى يوسف يضمن أكثرهما ويدخل الاقل فى الاكثر. وكـذلك عند أبى حنيفة اذا سلمت من الولادة ينظر الى نقصان الزنا ونقصان الحبل فعليه ضمان أكثرهما ولـكن ان كان عيب الحبل أكثر فقد زال ذلك بالولادة فلا يلزمه الا قـدر نقصان عيب الزنا وان كان عيب الزنا أكثر فعليه ضمان ذلك لان عيب الزنا لا ينعدم بالولادة فمحمد رحمه الله اعتبر الحقيقة وهو ان الحبل عيب آخر سوى عيب الزنا لتحقق انفصال كل واحـد منهما عن الآخر وأبو يوسف رحمه الله اعتبر اتحاد السبب وقال الحبل هنا حصل بذلك السبب فبحكم اتحاد السبب يدخل الاقل فى الاكثر كما في نقصان البكارة مع العقر الواجب بالوطء فانه يدخل الاقل فى الاكثر لاتحـاد السبب فكـذلك هنا والله سبحانه وتعالي أعلم

كتاب الوديعة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالي املاء. الايداع عقد جائز لانه تصرف من المالك في ملكه وقد يحتاج اليه عند ارادة السفر والحاج يحتاج الى ايداع بعض ماله في كل موضع لينتفع به اذا رجع والمودع مندوب

الى القبول شرعاً لما فيه من الاعانة على البر قال الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى فى عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه. وبعد القبول عليه أداء ماالتزم وهو الحفظ حتى يؤديها الى صاحبها لقوله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) وقد قيل فى سبب النزول ان المراد رد مفتاح الكعبة على عثمان بن أبى طلحة لانه حين أتاه به قال خذه بأمانة الله تعالى ولكن ظاهر الآية يتناول كل أمانة قال صلى الله عليه وسلم من ائتمن أمانة فليؤدها وقال صلى الله عليه وسلم أدّ الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك وقال صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا ائتمن خان. على الموحد أن يحترز عما هو من علامة المنافق وذلك بأن يحفظ الوديعة على الوجه الذى يحفظ به مال نفسه فيضعها في بيته أو صندوقه لانه وعد لصاحبها ذلك وخلف الوعد مذموم واذا ترك الحفظ بعد غيبة صاحبها ففيه ترك الوفاء بما التزم والغرور فى حق صاحبها وذلك حرام. فان وضعها فى بيته أو صندوقه فهلكت لم يضمنه لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أودع وديعة فهلكت فلا ضمان عليه ولحديث ابن الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المودع غير المغل ضمان. فالمراد بالمغل الخائن قال صلى الله عليه وسلم لا اغلال ولا اسلال في الاسلام والاغلال الخيانة والاسلال السرقة وقد قيل المغل المنتفع من قولهم أرض مغل أي كثير الريع والغلة فعلى هذا المراد المنتفع بغير اذن صاحبه. وقال عمر رضى الله تعالى عنه العارية كالوديعة لا يضمنها صاحبها الا بالتعدى. وقال على رضى الله تعالى عنه لا ضمان على راع ولا على مؤتمن. والمعنى فيه أن المودع متبرع فى حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع عليه فكان هلاكها في يده كهلاكها فى يد صاحبها وهو معنى قول الفقهاء رحمهم الله تعالى يد المودع كيد المودع ويستوي ان هلك بما يمكن التحرز عنه أو بما لا يمكن لان الهلاك بما يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ ولكن صفة السلامة عن العيب انما تصير مستحقا فى المعاوضة دون التبرع والمودع متبرع * فان دفعها الى بعض من فى عياله من زوجته أو ولده أو والديه أو أجيره فلا ضمان عليه اذا هلكت استحسانا. وفي القياس هو ضامن لأنه استحفظ من استحفظ منه. ويؤيد وجه القياس قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)

والمراد النساء ، فان كان هو منهيا عن دفع مال نفسه الى امرأته فما ظنك في مال غيره * وجه الاستحسان أن المطلوب منه حفظ الوديعة على الوجه الذى يحفظ مال نفسه والانسان يحفظ مال نفسه بيد من فى عياله على ما قيل قوام العالم بشيئين كاسب يجمع وساكنة تحفظ ولانه لا يجد بدآ من هذا فانه اذا خرج من داره فى حاجته لا يمكنه أن يحمل الوديعة مع نفسه واذا خلفها في داره صارت فى يد امرأته حكماً وما لا يمكن الامتناع عنه عفو * وذكر في جملة من في عياله الأجير والمراد التلميذ الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة فأما الاجير بعمل من الاعمال كسائر الاجانب يضمن الوديعة بالدفع اليه . فاذا انشق الكيس فى صندوقه فاختلط بدراهمه فلا ضمان عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان عليه ولو يمكن تقصير فذلك من المودع بأن جعل دراهم الوديعة فى كيس بال ولكن المختلط مشترك بينهما بقدر ملكهما فان هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما لانه ليس أحدهما بأن يجعل الهالك من نصيبه بأولى من الآخر والاصل فى المال المشترك اذا هلك شىء منه ان ما هلك هلك على الشركة وما بقى على الشركة باعتبار أن الهالك يجعل كأن لم يكن (وان) فعل ذلك إنسان ممن هو في عيال المودع من صغير أو كبير أو مملوك أو أجنبي فلا ضمان فيه على المستودع لانعدام الخلط منه حقيقة وحكماً فان فعل من فى عياله كفعله فيما هو مأمور به من جهته صريحا أو دلالة وذلك لا يوجد فى الخلط ولكن الضمان على الذى خلطها بمباشرة الفعل الموجب للضمان والصغير والكبير فى ذلك سواء لان الصغير مؤاخذ بضمان الفعل فان تحقق الفعل بوجوده لا ينعدم بالحجر بسبب الصغر * ثم الخلط أنواع ثلاثة (خلط) يتعذر التمييز بعده كخلط الشيء بجنسه فهذا موجب للضمان لانه يتعذر به على المالك الوصول الى عين ملكه * وخلط يتيسر معه التمييز كخلط السود بالبيض والدراهم بالدنانير فهذا لا يكون موجباً للضمان لتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه فهذه مجاورة ليس بخلط * وخلط يتعسر معه التمييز كخلط الحنطة بالشعير فهو موجب للضمان لانه يتعذر على المالك الوصول الى عين ملكه الا بحرج والمتعسر كالمتعذر كما بيناه في الغصب (فان قيل) تمييز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب من ماء فترسب الحنطة ويطفو الشعير (قلنا) في هذا إفساد للمخلوط فى الحال . ثم الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير كما لا يخلو الشعير عن حبات الحنطة فما كان من حبات الحنطة لصاحب الشعير يرسب وما كان من حبات الشعير لصاحب

الحنطة يطفو فعرفنا أن التميز متعذر بهذا الطريق أيضاً * وكذلك خلط الجياد بالزيوف ان كان بحيث يتعذر التمييز أو يتعسر فهو موجب للضمان على الخالط وان كان بحيث يتيسر التمييز لا يكون موجبا للضمان عليه * يقول فان لم يظهر بالخلط فقال احدهما أنا آخذ المخلوط وأغرم لصاحبي مثل ما كان له فرضي به صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا تراضيا على شئ صح ذلك في حقهما وان أبى ذلك احدهما فانه يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على التفسير الذي بيناه في الغصب قبل هذا الجواب. إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ورواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله في ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط فأما على ما هو الظاهر من مذهب أبي حنيفة المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح انه قولهم جميعاً لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق مالم يصل الي كل واحد منهما بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط أن ينتفع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو بيعا وقسمة الثمن اذا لم يتراضيا علي شئ * واذا كانت عند الرجل وديعة دراهم أو دنانير أو شئ من المكيل أو الموزون فانفق طائفة منها في حاجته كان ضامنا لما أنفق منها اعتبارا للبعض بالكل ولو لم يصر ضامناً لما بقى منها لانه في الباقي حافظ للمالك وبما أنفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض فهو كما لو أودعه وديعتين فانفق احداهما لا يكون ضامنا للأخرى. فان جاء بمثل ما أنفق فخلطه بالباقي صار ضامنا لجميعها لان ما أنفق صار دينا في ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون فعله هذا خلطا لما بقى بملك نفسه وذلك موجب للضمان عليه * فان كان حين أنفق بعضها وجاء بمثله فخلط بالباقي أفتى بانه صار ضامناً لها كلها فباعها ثم جاء رب الوديعة فضمنها اياه وفى الثمن فضل قل يطيب له حصة ما خلطه بها من ماله من الفضل لانه ربح حصل على ملكه وضمانه ويتصدق بحصة الثانى من الوديعة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق به لانه بالضمان قد ملكه مستنداً الى وقت وجوب الضمان ولهذا نفذ بيعه فكان هذا ربحا حاصلا على ملكه وضمانه فيطاب له كما في حصة ملكه وهما يقولان هذا ربح حصل له بكسب خبيث فانه ممنوع من بيع الوديعة

اما لبقاء ملك المودع كما في الباقي بعد الخلط في احدى الروايتين أو لبقاء حقه على ماقلنا والربح الحاصل بكسب خبيث سبيله التصدق به ولان المودع عند البيع يخبر المشتري انه يبيع ملكه وحقه وهو كاذب في ذلك والكذب في التجارة يوجب الصدقة بدليل حديث قيس بن عروة الكناني قال كنا نتبايع في الاسواق بالاوساق ونسمي أنفسنا السماسرة فدخل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وسمانا بأحسن الاسماء وقال يامعشر التجار ان تجارتكم هذه يحضرها اللغو والكذب فشوبوها بالصدقة . فعملنا بالحديث في ايجاب التصدق بالفضل وهذا اذا كانت الوديعة شيئاً يباع فان كانت دراهم فالدراهم يشترى بها ثم ينظر ان اشترى بها بعينها ونقدها لا يطيب له الفضل أيضاً وان اشترى بها ونقد غيرها أو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقدها يطيب له الربح هنا لان الدراهم لا تتعين بنفس العقد مالم ينضم اليه التسليم ولهذا لو أراد أن يسلم غيرها كان له ذلك فأما بالقبض يتعين نوع تعين ولهذا لا يملك استرداد المقبوض من البائع ليعطيه مثلها فلهذا قلنا اذا استعان في العقد والنقد جميعاً بالدراهم الوديعة أو المغصوبة لا يطيب له الفضل وكذلك إن اشترى بها مأكولا ونقدها لم يحل له أن يأكل ذلك قبل أداء الضمان ولو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم حل له أن ينتفع بها ، وفي النوادر لو اشترى دينارا بعشرة دراهم ونقد الدراهم المغصوبة لم يحل له ان ينتفع بالدينار مالم يؤد الضمان لان صاحب الدراهم اذا استحق دراهمه فسد العقد ووجب عليه رد الدنيار فكانت كالمقبوض بحكم عقد فاسد بخلاف مالو نقدها في ثمن الطعام لانه بالاستحقاق هناك لا يبطل الشراء بل يبقى الثمن ديناً في ذمته كما كان * وعلى هذا قالوا لوغصب ثوباً واشترى به جارية لم يحل له أن يطأها لانه لو استحق الثوب لزمه رد الجارية * ولو تزوج بالثوب المغصوب امرأة حل له أن يطأها لان المغصوب منه اذا استحق الثوب لايبطل النكاح ولا التسمية (فان) كان أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته ثم بداله فرده الى موضعه ثم ضاعت الوديعة فلا ضمان عليه لان رفعه حفظ فلا يكون موجبا للضمان عليه * بقي مجرد نية الانفاق في حاجته وبمجرد النية لايصير ضامنا كما لونوى أن يغصب مال انسان وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتي عما حدثت به أنفسهم مالم يعملوا أو يتكلموا والعراقيون يقولون كان ولماأي كان يمصي فعصم والمعصوم لايعاقب بعقوبة من عصى . ولئن صار ضامنا بالرفع فقد عاد الي الوفاق برد العين الي مكانه وذلك يبرئه عن الضمان عندنا علي مانبينه بخلاف

ماسبق لان هناك انما جاء بملك نفسه فوضعه مكان ما أنفق ولهذا لا يكون عوداً الي الوفاق فيما خالف فيه وهنا انما جاء بالوديعة بعينها فتحقق عوده الى الوفاق وهذا أولى الوجهين عندي فانه لو باعها ثم ضمن قيمتها نفذ البيع من جهته وانما يستند ملكه بالضمان الى وقت وجوب الضمان فلو لم يكن الرفع للبيع موجباً للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه الى تلك الحالة فينبغي ان لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة في هذا الكتاب وفى المضاربة ان البيع نافذ فعرفنا ان الاوجه هو الطريق الثاني (واذا) طلب المودع الوديعة فقال المستودع قد رددتها عليك فالقول قوله مع يمينه لانه أمين والقول قول الامين مع اليمين لانكاره السبب الموجب للضمان واخباره بما هو مسلط عليه وهو رد الوديعة على صاحبها والمودع هو الذي سلطه على ذلك فيجعل قوله كقول المسلط الا انه يستحلف لنفي التهمة عنه * وكذلك لو سرقت أو ضاعت أوذهبت وقال لا أدرى كيف ذهبت لانه أمين أخبر بما هو محتمل ولانه ينكر وجوب الضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو المنع بعد الطلب فلا يصدق إلا بحجة (واختلف) المتأخرون رحمهم الله فيما اذا قال ابتداء لا أدرى كيف ذهبت فمنهم من يقول هو ضامن لها لانه جهلها بما قال والمودع بالتجهيل يصير ضامنا بخلاف ما اذا قال ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت لانه بقوله ذهبت يخبر بهلاكها ويكفيه هذا المقدار فلا معتبر بعد ذلك بقوله لا أدرى كيف ذهبت والأصح انه لا يصير ضامنا لانه مخبر بهلاكها محترز عن الكذب والمجازفة في القول بقوله لا أدرى كيف ذهبت وهذا لان أصل الذهاب معلوم من هذا اللفظ لا محالة وانما التجهيل في كيفية الذهاب والاخبار بأصل الذهاب يكفى في براءته عن الضمان * وان قال بعثت بها اليك مع رسولي وسمى بعض من فى عياله فهو كقوله رددتها عليك لان يد من فى عياله لما جعل كيده فى الحفظ فكذلك في الرد يد من في عياله كيده فلا يصير بهذا مقرا بالسبب الموجب للضمان عليه (واذا) قال بعثت بها اليك مع أجنبي فهو ضامن حتى يقر المودع بوصولها اليه عندنا (قال) ابن أبي ليلى رحمه الله لاضمان عليه وهذا بناء على أن عنده للمودع أن يودع غيره لانه يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله وقد يودع الانسان مال نفسه من أجنبي فكذلك له أن يودع الوديعة من غيره فلا يصير ضامنا بالدفع الى غيره ليحفظ أو يرد كما في حق من في عياله * وعندنا ليس للمودع أن يودع غيره لان الحفظ يتفاوت فيه الناس والمودع انما رضي بحفظه وأمانته دون غيره فاذا

دفع الى أجنبي فقد صار تاركا للحفظ الذى التزمه مستحفظا عليه من استحفظ منه فيكون ضامنا . بخلاف من في عياله فان المودع هو الحافظ له بيد من في عياله لان من في عياله في يده فما في يد من في عياله كذلك فأما اذا دفع الى أجنبي لا يكون هو حافظا له بل الاجنبي هو الحافظ له والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنا حتى يقر المودع بوصولها اليه فاذا أقر بذلك برئ عن الضمان بوصول المال الى يد صاحبه كما يبرأ الغاصب بوصول المغصوب الي يد صاحبه * وكذلك العارية فى جميع ذلك لانها أمانة كالوديعة . وفى هذا بيان أن المستعير ليس له أن يودع أجنبياً كالمودع وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله له ذلك لان للمستعير ان يعير فيما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به وفى الاعارة ايداع وزيادة ولكن الأول أصح لان المستعير عندنا مالك للمنفعة فاعارته من الغير تصرف فيما هو مملوك له وهو المنفعة ثم يتعدى تسليمه الى العين حكما لتصرفه فى ملك نفسه فلا يكون موجبا للضمان عليه فأما ايداعه من الغير فهو تصرف في العين ولا حق له فى العين فيكون موجبا للضمان عليه كالايداع من المودع * فان قال بعثت بها اليك مع هذا الاجنبي أو استودعتها اياه ثم ردها عليّ فضاعت عندى لم يصدق وهو ضامن لها لانه أقر بوجود السبب الموجب للضمان عليه ثم ادعى مايسقط عنه فلا يصدق كالغاصب اذا ادعى رد المغصوب فان أقام البينة علي ذلك برئ من الضمان لانه أثبت البراءة بالحجة والثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وهو مذهبنا فان المودع اذا خالف ثم عاد الي الوفاق يبرأ عن الضمان وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يبرأ وبيانه في هذه المسئلة وفيما اذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعه فهلك وحجة الشافعي قوله صلي الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد . وهو حين أخذها للاستعمال صارت مضمونة عليه حتى لو هلكت في تلك الحالة ضمنها فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولم يوجد ولان الوديعة تضمن بالخلاف من طريق القول وهو الجحود تارة وبالخلاف من طريق الفعل أخرى ثم اذا ضمنها بالجحود لم يبرأ بترك الخلاف مالم يردها الى المالك فكذلك بالاستعمال بل أولى لان الاستعمال يتصل بالعين والجحود لا يتصل به * وقاس بالمستأجر للدابة الى مكان اذا جاوزه ثم عاد اليه لم يبرأ * وكذلك المستعير يعلم انه أمين ضمن الامانة بالخيانة ولان المودع مستعير يده من المودع في الحفظ فاذا خالف فقد استرد يد عاريته وهو ينفرد به ثم اذا عاد الى الوفاق فقد أراد اعادة يده ثانيا منه وهو لا ينفرد به ولان موجب العقد هو الحفظ للمالك وبالخلاف

يفوت موجب العقد اما لتركه الحفظ أصلا أولتركه الحفظ للمالك حين حفظها لنفسه فلا يبقى العقد بعدفوات موجبه . ولان الانسان انما يأتمن الامين علي ماله دون الخائن ومطلق العقد يتقيد بدلالة العرف كالشراء بمطلق الدراهم يتقيد بنقد البلد وإذا تقيد العقد بما قبل الخلاف لايبقى بعده * وحجتنا فى ذلك أن الايداع مطلق فكان باقيا بعد الخلاف * وبيان الوصف انه قال احفظ مالى أو قال احفظه أبدا ولا يشكل على أحد أن هذا اللفظ يتناول الحفظ قبل الخلاف وبعده ثم لم يبطل بالخلاف لان بطلان الشيء بما هو موضع لابطاله أو بما ينافيه والاستعمال ليس بموضع لابطال الايداع وهو لا ينافيه * ألا ترى ان الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل له والخلاف ليس برد لان الامر قول ورد القول بقول مثله ولان الخلاف يكون فى حال غيبة المودع ولو قال رددت الأمر في هذه الحالة لم يرتد . ولانه تصرف فى حفظ الواجب بالأمر على خلاف ما يوجبه وليس بتصرف فى الأمر وصحة الامر كأن يكون الآمر أهلا له وكون الحفظ مقصوداً من المأمور ولم ينعدم شيء من ذلك بخلاف الجحود فانه رد للامر بعينه لان الجاحد يكون متملكا للعين والمالك فى ملكه لايكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه أوامر الشرع فالجحود فيها رد والخلاف لا يكون رداً حتى لو ترك صوماً أوصلاة لم يكفر (وكذلك) فى أوامر العباد اذا وكله يبيع عين بألف فباعه بخمسمائة وسلم لم تبطل الوكالة مع تحقق الخلاف ومع ان الوكالة جائزة غير لازمة كالايداع . وعذره ان البيع لايستغرق المدة فالامر به لايبطل بالخلاف والحفظ يستغرق المدة فيبطل الامر به اذا خالف في بعض المدة هنا وهناك حتى يصير ضامنا * ويشكل بالاستئجار للحفظ فانه يستغرق المدة ثم لايبطل بالخلاف من طريق الفعل وعذره عن الاجارة أنها لازمة حتى لا يبطل بالجحود ضعيف لان بطلان العقد عنده بفوات المعقود عليه واللازم وغير اللازم فيه سواء انما يفترق اللازم وغير اللازم فيما هو رد . ثم في الاستئجار العقد ورد علي منفعة الحافظ فى المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد فى ذلك القدر ويكون باقيا فيما وراءه كبقاء المعقود عليه فكذلك في الحفظ بغير بدل * فأما استئجار الدابة الى مكان فقد قال بعض أصحابنا رحمهم الله ان استأجرها ذاهبا وجائيا يبرأ عن الضمان بالعود الى ذلك المكان فيصير ضامنا بالمجاوزة لوجود سبب الضمان ثم بالعود الى ذلك المكان لايعود العقد بينهما * ولو سلمنا

فنقول العقد هناك يرد علي منافع الدابة فى ذلك المكان فباخراج الدابة من ذلك المكان يفوت المعقود عليه أصلا وهنا العقد يرد علي منفعة الحافظ وبالخلاف من طريق الفعل لم يفت جميع المعقود عليه انما وقع التغير فى التسليم فى بعضه لانه كان مأمورا بتسليم العين في المصر فاذا أخرجه يتغير التسليم من غير أن يفوت المعقود عليه حتى أن في الاجارة لو حمل عليها حملا آخر فى ذلك المكان ثم نزع برئ عن الضمان لبقاء المعقود عليه وتمكن التغير كان فى الاستيفاء ولان المستأجر ضامن بالامساك لا فى المكان المأمور به وهو في الامساك عامل لنفسه * ألا ترى انه لو أمسكها أياما في بيته كان ضامنا فلا يتحقق الرد منه بعد الخلاف اذا كان ممسكا لمنفعة نفسه فأما المودع لا يضمن بالامساك بل بالاستعمال وقد زال ذلك كله حتى ان في الاجارة اذا لم يضمن بالامساك برئ بترك الخلاف على ماقال فى الاجارات اذا استأجرت المرأة ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبست بالليل كانت ضامنة فاذا جاء النهار برئت لان الضمان عليها بالاستعمال ليلا دون الامساك (اذا) ثبت بقاء عقد الوديعة فنقول يد المودع كيد المودع فاما ان يجعل فى حالة الخلاف كان العين في يد المالك والمستعمل متشبث به فان هلك من عمله ضمن والا فلا كما لو تشبث بثوب في يد صاحبه وهذا اختيار الهندوانى رحمه الله . والأصح انه ضامن اذا هلك فى حالة الخلاف سواء كان من استعماله أو من غير استعماله * وفي الكتاب ما يدل عليه فانه قال برئ عن الضمان وذلك لايكون الا بعد صيرورة العين مضمونا عليه * ولو تنازعا في الهلاك انه كان في حالة الخلاف أو بعد ترك الخلاف كان القول قول المالك فعرفنا أنه صار ضامنا وطريق صيرورته ضامنا تفويت المعقود عليه ونزع يده ضمنا للخلاف ولكن ماثبت ضمنا للشئ يتقدر بقدره ففيما وراء زمان الخلاف يد المودع كيد المودع لبقاء العقد والاستدامة فيما يستدام له حكم الانشاء *ولو أودعه ابتداء برىء عن الضمان باعتبار ان يد المودع كيد المودع فكذلك هنا * وتبين بهذا ان استرداده يد عاريته كان مقصودا علي حالة الخلاف لانه ثبت ضمنا له ودعوى تقييد الامر بما قبل الخلاف كلام باطل فان أحدا لايظن بصاحب المال أن يقول احفظ مالى مالم تخن فاذا خنت فلا تحفظ ولكنه يقول احفظ ولا تخن فاذا خنت فاترك الخيانة واحفظه لى لان مقصوده من الأمر بالحفظ أن يكون ماله مصونا عنده والحاجة الى ذلك فى حالة الخلاف أظهر * واذا طلب المودع الوديعة فجحدها المستودع

كان ضامنا لها لوجهين (أحدهما) أنه بالجحود صار متملكا فان الشرع جعل القول قوله فيما في يده ولا يتملك أحد مال الغير بغير رضاه الا بالضمان ولان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالجحود صار مانعا المالك عن ملكه مفوتا عليه يده الثابتة حكما فيكون كالغاصب ضامنا بهذا الطريق . ولم يذكر في الكتاب اذا جحدها لافي وجه المودع * فان قال له إنسان ما حال وديعة فلان عندك فجحدها أوجحدها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال له ما حال وديعتي عندك ليشكره على حفظها فجحدها . وذكر النصابين في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله أنه على قول زفر يكون ضامناً لما ذكرنا انه بالجحود متملك لها ومفوت يد المالك حكماً (وقال) أبو يوسف لايكون ضامناً لان المالك ماعزله عن الحفظ فيكون العقد باقيا وباعتبار بقائه يده كيد المالك في العين ولان الجحود في حال غيبة المالك من الحفظ لانه طريق لدفع طمع الطامعين عنها فلايكون موجباً للضمان عليه * فان أقام رب الوديعة البينة بعدجحود المودع انه استودعه كذا ثم أقام المستودع البينة انها ضاعت فهو ضامن لها لانه بالجحود صار ضامناً وهلاك المضمون في يد الضامن يقرر عليه الضمان * وكذلك ان أقام البينة انها كانت ضاعت قبل جحوده لان البينة لاتقبل الا بعد تقدم الدعوى * وهو مناقض في كلامه فجحوده أصل الايداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله فلهذا لاتقبل بينته الا أن يقر المودع بذلك فحينئذ لاضمان على المودع لان الاقرار موجب بنفسه في حق المقر ولان المناقض اذا صدقه خصمه كان مقبول القول * وان قال لم تودعني شيئا ثم قال قد أودعتني ولكنها هلكت فهو ضامن لها لما بينا ان جحوده أصل الايداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله والهلاك بعد الجحود يؤكد الضمان عليه * وان قال قد أعطيتكها ثم قال بعد أيام لم أعطكها ولكنها ضاعت لم يصدق وهو ضامن لها * وطعن عيسى في هذا وقال لاضمان عليه لانه تكلم بكلامين لو تكلم بكل واحد منهما على الانفراد لم يكن ضامناً فبمجموعهما كيف يصير ضامناً * وتقرير هذا من وجهين (أحدهما) أن الضمان يستدعى سببا لا محالة ولم يوجد لان قبضه باذن المالك ولم يوجد منه جحود ليكون ضامناً (والثانى) ان قول المودع رددتها أو هلكت معتبر في نفى الضمان عنه لافي ثبوت الرد به ولهذا لو ادعى الرد على الوصي لم يضمن الوصى شيئا * واذا كان المقصود نفى الضمان عنه ولا تناقض بين كلاميه فيما هو المقصود لايكون ضامناً شيئا * ووجه ظاهر الرواية انه مناقض في كلامه لان اخباره بالرد

يمنعه من دعوى الهلاك في يده واخباره بالهلاك في يده يمنعه من دعوى الرد فسقط اعتبار كلامه للتناقض فيبقى ساكتا ممتنعاً من رد الوديعة بعد ماطولب بها وذلك سبب موجب للضمان عليه فكان ضامناً لهذا * فان قال استودعتني ألف درهم فضاعت وقال الطالب كذبت بل غصبتها مني فالقول قول المستودع لان المقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب والمستودع منكر لذلك ولم يسبق منه اقرار بسبب موجب للضمان انما ذكر أن صاحب المال وضع ماله في موضع فضاع وفعل الانسان في مال نفسه لا يكون موجبا للضمان على غيره * وان قال المستودع أخذتها منك وديعة وقال الآخر بل غصبتني فهو ضامن لها لاقراره بوجود الفعل الموجب للضمان منه في ملك الغير وهو الاخذ . قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك اياه في الاخذ فلا يصدق على ذلك ويكون ضامناً الا أن يقيم البينة أو يأبى المالك اليمين فيقوم نكوله مقام إقراره * وان قال رب المال بل أقرضتكها قرضاً وقال المستودع بل وضعتها عندي وديعة أو أخذتها منك وديعة وقد ضاعت فلا ضمان عليه لانهما تصادقا على ان الأخذ حصل باذن المالك فلا يكون موجبا للضمان الا باعتبار عقد الضمان والمالك يدعى ذلك بقوله أقرضتكها والمودع منكر فكان القول قوله لانكاره . ثم بين في خلط الحنطة بالشعير انه ان كان بحيث يستطاع ان يخلص فلا ضمان على المودع وقد يكون ذلك بأن يدق حبات الحنطة فتغربل فتتميز من الشعير فاذا كان بهذه الصفة كان هذا كخلط البيض بالسود فلا يكون موجبا للضمان ﴿ رجل ﴾ استودع رجلا ألف درهم وله على المستودع ألف قرض فأعطاه ألف درهم ثم اختلفا بعد أيام فقال الطالب أخذت الوديعة وقال المستودع أعطيت القرض وقد ضاعت الوديعة فالقول قول المستودع لانه هو الدافع للألف فالقول قوله انه من أى جهة دفعه وقد زعم انه دفعه عن جهة قضاء الدين فبرىء من الدين به وبقيت الوديعة في يده وقد أخبر بهلاكها فالقول قوله في ذلك يوضحه انه لو لم يدفع اليه شيئاً حتى أخبر بهلاك الوديعة كان القول قوله ولا يجب عليه الا أداء الالف بدل القرض فكذلك اذا أخبر بهلاك الوديعة بعد أداء الالف ﴿رجل﴾ استودع صبياً محجورا عليه مالا فاستهلكه لم يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ضامن في قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله * وجه قولهما ان ضمان الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سواء

لما بينا أن تحقق الفعل بوجوده . ألا ترى أن الوديعة لو كانت عبدا أو أمة فقتلهما الصبي كان ضامنا بهذا الطريق فكذلك في سائر الاموال ولان الايداع من الصبي باطل لانه استحفاظ من لا يحفظ فكانه لم يودعه ولكنه جاء فأتلف ماله واستحفاظ من لا يحفظ تضييع للمال فكانه ألقاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فاتلفه صبي كان ضامناً فكذا هذا وحجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ماقال في الكتاب لانه صبي وقد سلطه رب المال على ماله حين دفعه اليه (وفي) تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام (أحدهما) أنه تسليط باعتبار العادة لان عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الامور فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله يصير كالاذن له في الاتلاف وبقوله احفظ لا يخرج من أن يكون اذنا لانه انما يخاطب بهذا من لا يحفظ فهو كمقدم الشعير بين يدي الحمار وقال لا تأكل . بخلاف العبد والامة لانه ليس من عادة الصبيان القتل لانهم يهابون القتل ويفرون منه فلا يكون ايداعه تسليطا على القتل باعتبار عادتهم وهذا بخلاف الدابة فان من عادتهم اتلاف الدواب ركوبا فيثبت التسليط في الدابة بطريق العادة * والاصح أن تقول معنى التسليط تحويل يده في المال اليه فان المالك باعتبار يده كان متمكنا من استهلاكه فاذا حول يده اليه صار ممكنا له من استهلاكه بالغا كان المودع أو صبيا الا أنه بقوله احفظ قصد أن يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح في حق البالغ باطل في حق الصبي لانه لما التزم بالعقد والصبي ليس من أهله فيبقى التسليط على الاستهلاك بتحويل اليد اليه مطلقا بخلاف العبد والامة فان المالك باعتبار يده ما كان متمكنا من قتل الآدمي فتحويل اليد اليه لا يكون تسليطا على قتله ولان الايداع من المالك تصرف في ملكه والمملوك في حكم الدم مبقى على أصل الحرية فلا يتناوله الايداع والتسليط يثبت باعتباره . بخلاف مالو قال اقتل عبدي لان ذاك استعمال والاستعمال وراء التسليط فان بعد الاستعمال لذا لحقه ضمان يرجع على المستعمل وبعد التسليط يسقط حق المسلط في التضمين لرضاه به ولا يثبت لاحد حق الرجوع عليه ولهذا قلنا في هذا الموضع ان الصبي المستهلك اذا ضمن للمستحق لا يرجع على المودع بخلاف مالو قال له أتلفه فذلك استعمال للصبي وهذا تسليط له بمنزلة قوله أبحت لك أن تأكل هذا الطعام ان شئت ولو قال ذلك فاكله الصبي لم يضمن ولو جاء مستحق وضمنه لم يرجع على الذي قال له ذلك فهذا مثله الا أن أبا يوسف يقول قوله احفظه بمنزلة الاستثناء مما تناوله مطلق التسليم

والاستثناء تصرف من المستثني على نفسه في حقه فلا يعتبر لصحته حال المخاطب به أو ثبوت ولاية له عليه بل باستثنائه يخرج ماوراء الحفظ من هذا التسليط فاذا استهلكه الصبي كان مستهلكا بغير اذنه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان التسليط بالفعل وهو نقل اليد اليه مطلقا وقوله احفظ كلام فلا يتحقق استثناؤه من الفعل المطلق بل يكون معارضاً لذلك الفعل الذى هو تسليط ولا يكون معارضا الا بعد صحته حكما لكون المخاطب من أهل الالتزام بالعقد وذلك فى حق البالغ دون الصبي فيبقى التسليط مطلقا في حق الصبي * والدليل عليه ان الصبي لوضيع الوديعة لم يضمن بأن رأى إنسانا يأخذها أو دله على أخذها والبالغ يضمن بمثله فعرفنا ان المعارض صحيح فى حق البالغ دون الصبي * وعلى هذا لو أودع عبداً محجوراً عليه مالا فاستهلكه لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يعتق لان المعارض صحيح فى حقه دون المولى فانه التزام بالعقد وعلى قول أبي يوسف يباع فيه فى الحال لان المودع يتصرف على نفسه فى الاستثناء فيبقى الاستهلاك بغير اذنه * فان كان العبد صبياً لم يضمن عندهما في الحال ولا بعد البلوغ والعتق لان العارض لم يصح فى حقه ولا فى حق المولى وان كان الصبي أو العبد مأذونا كان ضامناً فى الحال لان العارض قد صح فى حقهما وفى حق المولى فالمأذون من أهل الالتزام بالعقد ولهذا يؤاخذان بضمان التضييع * وعلى هذا الخلاف لو أقرض صبياً محجوراً عليه أوعبداً محجوراً عليه مالا فاستهلكه لان التسليم اليه تسليط وقوله أقرضتك معارض لقوله احفظ في الوديعة على ما بينا * وكذلك لو باع من صبي محجور عليه أوعبد محجور عليه شيئا فاستهلكه فهو على هذا الخلاف لان التسليم اليهما تسليط وقوله بعت معارض فلا يعمل هذا المعارض فى حق الصبي أصلا ولا فى حق العبد حتى يعتق فهذا هو الحرف الذى يخرج عليه هذه المسائل (وان) هلكت الوديعة عند الصبي والعبد فلا ضمان عليهما لانعدام صنيع موجب للضمان منهما * وفى قتل العبد والامة يجب عليهما ما يجب قبل الايداع فعلى عاقلة الصبي قيمة المقتول فى ثلاث سنين عمداً قتله أو خطأ لان عمد الصبي وخطأه سواء وعلى المملوك القصاص ان قتله عمداً وان قتله خطأ يخاطب المولى بالدفع أو الفداء فى العبد وعليه القيمة فى المدبر وأم الولد يعنى الاقل من قيمة المقتول وقيمة القاتل وعلى المكاتب أن يسعى فى الاقل من قيمته ومن قيمة المقتول * ولو أودع رجلا شيئا فاستهلكه ابن له صغير أوعبد فعلى المستهلك ضمانه فى الحال

لان قبوله الوديعة يكون إذنا لمن في عياله بان يحفظها والصبي والعبد اذا كان مأذونا في حفظ الوديعة يؤاخذ بضمان الاستهلاك ﴿ رجل ﴾ استودع رجلا ألف درهم فدفعها المستودع الى آخر وادعى ان رب الوديعة أمره بذلك لم يصدق عليه الا ببينة (وقال) ابن أبي ليلي هو مصدق في ذلك مع يمينه لان عنده للمودع أن يودع وهو منكر لوجوب الضمان عليه فأما عندنا ليس للمودع أن يودع فدفعه الى الثاني سبب لوجوب الضمان عليه ثم يدعى مايسقط الضمان عنه وهو الاذن فلا يصدق الا ببينة كما لو أخذ مال انسان فادعى أنه أخذه باذنه . وله ان يستحلف صاحبها انه لم يأمره بالدفع لانه لو أقر بالامر برئ المودع فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله * فان كان رب الديعة أمره أن يدفعها الى رجل فقال قد دفعتها وقال الرجل لم أقبضها منك وقال رب الوديعة لم تدفعها فالقول قول المودع مع يمينه لان دعواه الدفع الى من أمر المالك بالدفع اليه بمنزلة دعواه الدفع الى مالكها فيكون مصدقا في براءته عن الضمان دون وصول المال الى ذلك الرجل حتى لا يضمن ذلك الرجل مالم تقم البينة على قبضه * واذا قال صاحب الوديعة للمودع اخبأها في بيتك هذا فخبأها في بيت آخر في داره تلك فضاعت فلا ضمان عليه استحسانا وفي القياس هو ضامن لانه خالف أمره نصا فهو كما لو قال اخبأها في دارك هذه فخبأها في دار أخرى فهلكت * وفي الاستحسان يقول نما يعتبر من كلامه ما يكون مفيدا دون ما لا يكون مفيداً . ألا ترى انه لو قال احفظها بيمينك دون يسارك أوانظر اليها بعينك اليمنى دون اليسري لم يعتبر لانه غيرمفيد * اذا ثبت هذا فنقول البيتان في دار واحدة لا يتفاوتان في معنى الحرزية لان الكل حرز واحد ألا ترى أن السارق اذا أخرج المتاع من أحد البيتين الى البيت الآخر لم يقطع اذا أخذ قبل أن يخرجه من الحرز فأما الداران يتفاوتان في الحرز فكان تقييده في الدار مفيداً لان كل دار حرز على حدة * ألا ترى أنه لو قال له لا تخرج بها من الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامنا لها لان التقييد في المصرين مفيد فان انتقل من الكوفة الى البصرة أوالى غيرها لشئ لم يكن له منه بدٌ فهلكت فلا ضمان عليه لان المودع انما يلتزم شرط المودع بحسب امكانه * ألا ترى أنه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها ليلا ولا نهاراً فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها لان ماشرط عليه ليس في وسعه باعتبار العادة فكذلك يسقط اعتبار شرطه اذا لم يجد بدا من الانتقال من بلد الى بلد فلا ضمان عليه

اذا هلكت وهذا بناء على أصلنا فان للمودع أن يسافر بالوديعة عند اطلاق العقد . وعند الشافعي ليس له ذلك لان فيه تعريض المال للهلاك قال صلى الله عليه وسلم المسافر ومتاعه وماله على قلت الا ما وقى الله تعالى وليس للمودع تعريض الوديعة للتلف وهذا بخلاف الأب والوصي والمضارب فانهم يسافرون للتجارة وطلب الربح . ألا ترى أن لهم أن يسافروا بالمال من طريق البحر وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة ولهذا لا يسافر من طريق البحر . يوضحه ان مقصود المودع أن يكون ماله في المصر محفوظا يتمكن منه متى شاء ويفوت عليه هذا المقصود اذا سافر المودع به . وحجتنا في ذلك أن الأمر مطلق فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان وهذا لان من يراعى أمره في شئ يراعى اطلاق أمره كأوامر الشرع والامكنة كلها في صفة الامر سواء إنما الخوف من الناس دون المكان فاذا كان الطريق أمنا كان الحفظ فيه كالحفظ في جوف المصر ومراد رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان الحالة في ذلك الوقت فان المسلمين كانوا لا يأمنون خارج المدينة لغلبة الكفار ألا ترى أنه فيما أخبر من الامر بعده قال يوشك أن تخرج الظعينة من القادسية الى مكة لا تخاف الا الله تعالى والذئب على غنمها ولا يجوز أن يتقيد مطلق أمره بالعرف والمقصود لان النص مقدم على ذلك والمقصود مشترك فقد يكون قصده أن يحمل المال اليه خصوصاً اذا سافر الى البلد الذى فيه صاحب المال ولان المودع لا يتعذر عليه الخروج للسفر في حاجته بسبب قبول الوديعة واذا خرج فاما أن يدفع الوديعة الى غيره فيكون تاركاً للنص لانه أمره أن يحفظ بنفسه واما أن يحمل مع نفسه فيكون مخالفاً لمقصوده ولا شك ان مراعاة النص أولى من مراعاة المقصود ولهذا قال أبو حنيفة ماله حمل ومؤنة وما لا حمل له ولا مؤنة في ذلك سواء بعدت المسافة أو قربت لمراعاة النص وهو القياس . واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال اذا كان له حمل ومؤنة فليس له أن يسافر به لانه يلزم صاحبها مؤنة الرد ولا ولاية له عليه في الزام المؤنة اياه . واستحسن محمد رحمه الله فقال اذا قربت المسافة فله أن يسافر بها واذا بعدت المسافة فليس له ذلك لانه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة اذا أراد ردها * ولو أودعه وديعة فقال لا تدفعها الى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فانى أتهمهم عليها فدفعها الى الذى نهاه عنه فهلكت فان كان يجد بداً من الدفع اليه بأن كان له سواه أهل وخدم فهو ضامن وان كان لا يجد بداً من ذلك لم يضمن لان شرطه هذا مفيد وقد

يأتمن الانسان الرجل على ماله ولا يأتمن زوجته الا أنه انما يلزمه مراعاة شرطه بحسب الامكان فاذا كان يجد بداً من الدفع الى من نهاه عنه فهو متمكن من حفظها على الوجه المأمور * فيصير ضامنا بحفظها على الوجه المنهيّ عنه واذا كان لا يجد بداً من ذلك فهو حافظ لها بحسب الامكان وليس عليه أكثر من ذلك فلا يضمنها *واذا استعمل المودع الوديعة وأقر بذلك ثم قال رددتها الى مكانها فهلكت لم يصدق الا ببينة لان السبب الموجب للضمان عليه وهو الاستعمال معلوم ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو ترك الخلاف قبل الهلاك فلا يصدق إلا بحجة فان أقام البينة أنه رده الى موضعه صحيحاً ثم هلك كان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فلا يضمن شيئاً عندنا * وان كانت الوديعة أمة فوطئها المودع فولدت فالولد مملوك لصاحب الاصل وعلي المودع الحد ولا يثبت نسب الولد منه لان فعله زنا محض و كونها وديعة عنده لا يمكن فى شبهة المحل الا أن يدعى شبهة نكاح أو شراء فحينئذ يسقط الحد عنه ويغرم العقر للشبهة (واذا) استودع رجلان رجلا وديعة من دراهم أو دنانير أو ثياب أو دواب أو عبيد ثم حضر أحدهما وطلب حقه منه لم يكن له ذلك حتى يجتمعا ولو خاصمه الى القاضى لم يأمره بدفع نصيبه اليه في قول أبي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يأمره بأن يقسم ذلك ويدفع نصيبه اليه ولا تكون قسمته جائزة على الغائب. وعن محمد فى الامالي قال قول أبي حنيفة أقيس وقول أبي يوسف رحمه الله أوسع. وجه قولهما ان كل واحد من المودعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه في غيبة الآخر كالشريكين في الدين اذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون بنصيبه وهذا لانه يجب دفع الضرر عن الحاضر كما يجب دفع الضرر عن الغائب وانما يندفع الضرر عنهما فيما قلنا بأن يقسم فيدفع الى الحاضر نصيبه ليندفع الضرر عنه ثم لا تنفذ قسمته على الغائب حتى اذا هلك الباقى في يده ثم حضر الغائب كان له أن يشارك الحاضر فيما قبض دفعاً للضرر عنه هذا في المكيل والموزون واضح فان الحاضر له أن ينفرد بأخذ نصيبه منهما مع غيبة الآخر فكذلك للمودع أن يدفع نصيبه اليه وقد بينا نظيره فى مال المفقود ومذهب أبى حنيفة مروي عن على رضى الله تعالى عنه والمعنى فيه انه لو دفع شيئاً الى الحاضر فاما أن يكون المدفوع من نصيبهما جميعاً أو نصيب الحاضر خاصة ولا يمكن أن يجعل ذلك من نصيب الحاضر خاصة لان ذلك لا يكون الا بعد قسمة معتبرة وليس للمودع ولاية على الغائب فى القسمة فلم يبق الا أن يكون المدفوع من النصيبين

ودفع مال الغير الى الغير يكون جناية فلا يكون للمودع أن يباشر ذلك ولا يأمره القاضي به والحاضر وان كان يتضرر بهذا فقد رضي بالتزام هذا الضرر حين ساعد شريكه على الايداع قبل القسمة وان كان يتمكن هو من أخذه فكذلك لا يدل على أنه يكون للمودع أن يدفع اليه . ألا ترى أن صاحب الدين اذا طالب المودع بقضاء دينه من الوديعة لم يؤمر المودع بذلك ولو ظفر به وهو من جنس حقه كان له أن يأخذه وهذا بخلاف الدين لان المديون انما يقضي بالدين من ملك نفسه فدفعه نصيب الآخر اليه تصرف في ملكه وليس فيه قسمة على الغائب فلهذا يؤمر بخلاف ما نحن فيه ﴿ رجل ﴾ أودع رجلا دراهم فجاء رجل فقال أرسلني اليك صاحب الوديعة لتدفعها اليّ فصدقه ودفعها اليه فهلكت عنده ثم حضر صاحبها وأنكر الرسالة فانه يضمنها له لانه دفع ماله الى غيره وبتصادقهما لا يثبت الأمر في حق المالك اذا أنكر فكان ضامنا ولا يرجع بها على الرسول اذا كانت الوديعة هلكت في يده أو زعم أنه أوصلها الى صاحبها لانه قد صدقه فانه رسول أمين وان المالك ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره الا أن يكون المقبوض قائما بعينه في يده فيأخذه لانه قد تملكه بأداء بدله وان كان كذبه في دعوى الرسالة أولم يصدقه ولم يكذبه ودفع المال اليه ثم جاء المالك فضمنه فله أن يرجع على الرسول لانه لم يقر بأنه كان أمينا ولكن دفع المال اليه بناء على قوله انه رسول المالك وانه لا يلحقه غرم بسبب الدفع اليه فاذا لحقه غرم كان له أن يرجع عليه به ولو صدقه في دعوى الرسالة ودفعه اليه وضمنه يعني ان الرسول قال له ان لحقك فيه غرم فأنا ضامن لك ثم حضر المالك وضمنه فله أن يرجع على الرسول لانه قد ضمن له ذلك وهذه كفالة مضافة الى سبب وجوب المال فانهما يتصادقان أن المالك ظالم وأن ما يقبضه دين عليه للمودع والرسول ضمن له ذلك مضافا الى سبب الوجوب فلهذا طالبه به (واذا) كان عند رجل وديعة أو عارية أو بضاعة فغصبها منه رجل فهو خصمه فيها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا خصومة بينهما حتى يحضر المالك ولان المال ملك صاحبه فانما يخاصم في الاسترداد هو أو وكيله والمودع ليس بوكيل عنه في الخصومة فلا يخاصم في الاسترداد كأجنبي آخر . ولكنا نقول للمودع يد معتبرة في الوديعة وقد أزالها الغاصب فكان له أن يخاصم عن نفسه لاعادة اليد التي أزالها بالغصب ولانه مأمور بالحفظ من جهة المودع ولا يتأتى له الحفظ الا باسترداد عينه من الغاصب أو استرداد

قيمته بعد هلاك العين ليحفظ ماليته عليه فكان كالمأمور به دلالة وفى اثبات حق الخصومة له تحقيق معنى الحفظ لان الغاصب اذا علم أن المودع لايخاصمه في حال غيبة المودع تجاسر على أخذه فلهذا كان المودع فيه خصما * وان كانت الوديعة عند رجلين من ثياب أو غيرها فاقتسماها وجعل كل واحد منهما نصفها فى بيته فهلك أحد النصفين أوكلاهما فلا ضمان عليهما، وهكذا أمر الناس لانهما لا يستطيعان أن يجتمعا على حفظها في مكان واحد لما بينا أن المودع انما يلتزم الحفظ بحسب امكانه ومعلوم أنهما لا يقدران على أن يتركا جميع أشغالهما ويجتمعا في مكان واحد لحفظ الوديعة والمالك لما أودعهما مع علمه بذلك فقد صار راضياً بقسمتها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص . وان ابيا القسمة وأودعاه عند رجل فهلك ضمناه لتركهما ماالتزماه من الحفظ . والمستبضعان والوصيان والعدلان فى الرهن قياس المودعين فى ذلك . فان تركها احدهما عندصاحبه وان كان ذلك شيئاً لايحتمل القسمة فلا ضمان على واحد منهما اذا هلك لان المالك لما أودعهما مع علمه أنهما لايجتمعان على حفظه آناء الليل والنهارفقد صار راضيا بحفظ كل واحد منهما لجميعه * ألا ترى انهما يتهايآن فى الحفظ وفي مدةالمهايأة يتركه كل واحدمنهما عند صاحبه فى نوبته * فان كان شيئاً يحتمل القسمة فتركه احدهما عند صاحبه فلا ضمان على الذى هلك فى يده لانه مقبل على حفظه وهو في نصيب صاحبه مودع المودع ومودع المودع عند أبى حنيفة لا يضمن فأما الدافع عند أبى حنيفة رحمه الله فانه ضامن للنصف لانه ترك الحفظ الذى التزمه مع الامكان فانهما يتمكنان من القسمة ليحفظ كل واحدمنهما نصفه . وعندهما لا يضمن شيئاً لانه لما ائتمنهما فقد صار راضياً بحفظ كل واحد منهما له كما لا يحتمل القسمة وقول أبى حنيفة أقيس لان رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد فاذا كان الحفظ منهما يتأتى عادة لا يصير راضياً بحفظ احدهما للكل وحده (واذا) احترق بيت المودع وأخرج الوديعة مع متاعه ووضعه فى بيت جاره فهلك فهو ضامن في القياس لانه ترك الحفظ الذى التزمه بالتسليم الى غيره وعذره يسقط المأثم عنه ولكن لا يبطل حق المالك فى الضمان. وفي الاستحسان لا ضمان عليه لانه لا يجد بداً من هذا فى مثل هذه الحالة ولان وضعه فى بيت جاره فى مثل هذه الحالة من الحفظ لانه يقصد به دفع الحرق عن الوديعة ألا ترى أنه انما يحفظ الوديعة على الوجه الذى يحفظ مال نفسه وانما يحفظ مال نفسه في هذه

الحالة بهذا الطريق . أرأيت لو كان في سفينة فغرقت فناول الوديعة انسانا على الجلد يمسكها أكان ضامنا (واذا) كانت الوديعة إبلا أو بقراً أو غنما وصاحبها غائب فان أنفق عليها المستودع من ماله بغير أمر القاضي فهو متطوع لانه متبرع بالانفاق على ملك الغير بغير أمره وان دفعها الى القاضي يسأله البينة لانه يدعى ثبوت ولاية الامر بالانفاق للقاضي فيه فلا يصدقه الا ببينة فان أقام البينة انها وديعة عنده لفلان أمره ان ينفق عليها من ماله على قدر ما يرى القاضي لانه مأمور بالنظر والحيوان لايبقى بدون النفقة والمودع لاينفق بغير أمره لانه لا يرضى بالتبرع به فيأمره بذلك نظراً منه للغائب ويكون ذلك دينا على رب الوديعة لان أمر القاضي فى حال قيام ولايته كأمره بنفسه ولو أمره بأن ينفق كان ما ينفقه دينا له على المالك فكذا اذا أمره القاضي به فاذا جاء أجبره على رد نفقته عليه . وان رأى القاضي أن يأمره ببيعها فعل ذلك واذا باعها جاز بيعه لان في الامر بالانفاق تلف بعض المالية على المالك وفي البيع يتوفر عليه حفظ جميع المالية فلهذا نفذ بيعه بأمر القاضي * وان لم يكن رفعها الى القاضي واجتمع عنده من ألبانها شئ كثير يخاف فساده أو كان ذلك ثمرة أرض فباع بغير أمر القاضي فهو ضامن لها ان كان فى مصر يتمكن من استطلاع رأي القاضي وان باعها بأمر القاضي لم يضمن لان القاضي نائب الغائب فيما يرجع الى النظر له . ولو تمكن من استطلاع رأى المالك فباعه بغير أمره لم ينفذ بيعه وكان ضامنا فكذلك اذا تمكن من استطلاع رأي القاضي فلم يفعل فأما اذا كان فى موضع لا يتوصل الى القاضي قبل ان يفسد ذلك الشئ لم يضمن استحسانا لان بيعه الآن من الحفظ وليس في وسعه الا ما أتى به ﴿وحكى﴾ ان أصحاب محمد رحمهم الله مات رفيق لهم فى طريق الحج فباعوا متاعه وجهزوه به ثم رجعوا الى محمد رحمه الله فسألوا عن ذلك فقال لو لم تفعلوا لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصلح * وان حمل عليها المستودع فنتجت ولم يكن صاحبها أمر بذلك فأولادها لصاحبها لان الولد خير متولد من الاصل يملك بملك الاصل وان هلكت الامهات بذلك فالمستودع ضامن لها لانه مخالف حين أتى بغير ما أمر به فيضمن ما هلك بسببه (ولو) أكرى الابل الى مكة وأخذ الكراء كان الكراء له لانه وجب بعقده وليست الغلة كالولد ولا كالصوف واللبن فان ذلك يتولد من الاصل فيملك بملك الاصل وهذا غير متولد من الاصل بل هو واجب بالعقد فيكون للعاقد . وقد بينا نظيره

في العضب (وان) ادعى المستودع أنه أنفق الوديعة على عيال المودع بأمره وصدقه عياله فى ذلك وقال رب الوديعة لم آمرك بذلك فالقول قول رب الوديعة مع يمينه لان المودع باشر سبب الضمان في الوديعة وهو الانفاق وادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك فلا يصدق على ذلك الا ببينة واذا لم تكن له بينة فالقول قول رب الوديعة مع يمينه لانكاره وكذلك لو ادعى انه أمره بأن يتصدق بها على المساكين أو يهبها لفلان. فان كانت الوديعة جارية فزوجها المستودع من رجل وأخذ عقرها فولدت ونقصتها الولادة ثم جاء سيدها له أن يأخذها وولدها وله أن يفسد النكاح لأن المودع باشره بغير رضاه فكان موقوفا علي اجازته واذا فسد النكاح أخذ عقرها لان المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين والعقر كالارش فيكون بمنزلة المتولد من العين بخلاف الأجر * ويضمن المستودع نقصان الولادة ان كانت الولادة نقصتها ولم يكن فى الولد وفاء بها وان كان فى الولد وفاء بها انجبر النقصان بالولد لان المودع صار كالغاصب فيما صنع وقد بينا هذا الحكم فى حق الغاصب وان كان نقصانها من غير الولادة من شيء أحدثه الزوج من جماعها فالمستودع ضامن لذلك لانه سلط الزوج على ذلك وصار غاصبا بما صنع وانما ينجبر بالولد نقصان الولادة لاتحاد سبب النقصان والزيادة وذلك لا يوجد فى نقصان حدث بسبب آخر * وان كان المستودع استهلك الولد ضمن قيمة الولد لان الولد كان أمانة عنده كولد الغصب عند الغاصب فيضمن قيمته بالاستهلاك (ثم) رد قيمة الولد كرد عينه فى انجبار نقصان الولادة به *(ورجل)* استودع رجلين جارية فباع احدهما نصفها الذى فى يده فوقع عليها المشترى فولدت له ثم جاء سيدها (قال) يأخذها وعقرها وقيمة الولد لان المستولد مغرور فان قيام الملك له في نصفها كقيام الملك له في جميعها فى صحة الاستيلاد ولو كان الملك له فى جميعها ظاهراً كان يتحقق الغرور فكذلك في نصفها وولد المغرور حر بالقيمة. ثم رد قيمة الولد كرد عين الولد فى جبر نقصان الولادة به فان لم يكن فى قيمة الولد وفاء بالنقصان أخذ تمام ذلك من المشترى لان المشترى كان غاصبا لها فى حق مالكها فيكون ضامناً لما حدث من النقصان فى يده ثم يرجع المشترى علي البائع بالثمن وبنصف قيمة الولد لان البائع انما ملكه نصفها ولو ملكه كلها رجع عليه بجميع قيمة الولد اذا ظهر الاستحقاق فالجزء معتبر بالكل وأما الرجوع بالثمن فلانفساخ البيع بسبب الاستحقاق وان شاء رب الجارية ضمن

البائع نصف النقصان لانه كان أمينا فى نصفها وقد تعدى بالبيع والتسليم ألا ترى انها لو هلكت كان له أن يضمن البائع نصف قيمتها فكذلك اذا فات جزء منها بالولادة فان لم يعلم ان الجارية لهذا الذى حضر الا بقول المستودعين لم تقبل شهادتهما فى ذلك لان البائع منهما مناقض فى كلامه والآخر قد تملك عليه المستولد نصيبه أيضاً بالضمان فلا تقبل شهادتهما على ابطال ملك ثابت للمستولد عليهما ولكن الجارية أم ولد للمشترى باعتبار الظاهر ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها فيدفعه الى شريكه فيها كما هو الحكم فى جارية مشتركة بين شريكين يستولدها أحدهما ﴿فان قيل﴾ كيف يغرم للشريك هنا وهو يأبى ذلك ويزعم انها مملوكة لغيره ﴿قلنا﴾ نعم ولكنه صار مكذبا فى زعمه شرعاً حين كانت الجارية أم ولد للمشترى فلهذا سقط اعتبار زعمه (واذا) جحد المستودع ماعنده من الوديعة ثم أودع من ماله عند المودع مثل ذلك وسعه امساكه قصاصاً بما ذهب به من وديعته لان المال صار دينا له على المستودع بجحوده وصاحب الحق متى ظفر بجنس حقه من مال المديون يكون له أن يأخذه والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند خذى من مال أبى سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف (وقيل) فى تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق اليد واللسان ان المراد أخذ جنس حقه اذا ظفر به * وكذلك ان كان المال دينا عليه وأنكره ثم أودعه مثله. فأما اذا أودعه شيئاً من غير جنس حقه لم يسعه امساكه عنه لان هذا بيع عند اختلاف الجنس فلا ينفرد هو به والأول استيفاء وصاحب الحق ينفرد بالاستيفاء * وحكى عن ابن أبى ليلى رحمه الله التسوية بينهما للمجانسة من حيث المالية ولكنه بعيد فالوديعة عين لايكون له أن يحبسها باعتبار صفة المالية اذا لم يثبت له حق تملك العين ولا يدخل عليه المرهون لان هناك المرتهن يحبس المرهون بايجاب الراهن ملك اليد له فى العين وان كان عند الهلاك يصير مستوفياً دينه باعتبار المالية . ثم عند المجانسة اذا طلب الثانى يمين المودع الاول كان له أن يحلف بالله لايلزمنى تسليم شئ اليك . فان قال للقاضى حلفه بالله ما استودعته كذا فله ذلك الا أن يؤدى المدعى عليه فيقول قد يودع الرجل غيره شيئاً ثم لا يلزمه تسليم شئ اليه فان أدى بهذه الصفة فقد طلب من القاضى أن ينظر له فيجيبه الى ذلك فأما اذا لم يذكر هذا فان القاضى يحلفه كما طلب الخصم بالله ما أودعه مايدعى ثم لا ينبغى له ان يحلف على ذلك لانه يكون كاذبا فى يمينه ولا رخصة فى اليمين الكاذبة فطريق التخلص له أن

يعرض للقاضي بما ذكرنا أو يحلف ما استودعتني شيئاً الا كذا وكذا يستثني ذلك بكلامه ويخفيه من خصمه ومن القاضي ويسعه ذلك لانه مظلوم دافع الضرر عن نفسه غير قاصد الى الاضرار بغيره إلا ان مجرد نيته لا تكفي لذلك لانه يحتاج الى اخراجه من جملة مايتناوله كلامه لولا الاستثناء وذلك يحصل بالنية لان الاستثناء بيان أن كلامه عبارة عما وراء المستثنى فلا يحصل ذلك الا بما يصلح ان يكون ناسخا أو معارضا ومجرد النية لاتصلح لذلك فلهذا شرط التكلم بالاستثناء ٠وجه ذلك مالو قرب انسان اذنه من فمه سمع ذلك وفهمه * وأما اذا غاب رب الوديعة ولا يدرى أحيّ هو أو ميت فعليه ان يمسكها حتى يعلم بموته لانه التزم حفظها له فعليه الوفاء بما التزم كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في العهود وفاء لاغدر فيه بخلاف اللقطة فان مالكها غير معلوم عنده فبعد التعريف التصدق بها طريق لايصالها اليه وهنا مالكها معلوم فطريق ايصالها الحفظ الى ان يحضر المالك أو يتبين ٠موته فيطلب وارثه ويدفعها اليه *وان مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة ٠ فان عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء لان حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس وكما كانوا أحق بها في حياة المديون فكذلك بعد موته ٠ وان لم تعرف بأعيانها قسم المال بينهم بالحصص وأصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا * وعلى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة وأصل المسألة أن الامين اذا مات مجهلا للامانة فالامانة تصير دينا في تركته عندنا لانه بالتجهيل صار متملكا لها فان اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولهذا لو شهد الشهود بها كان ذلك بمنزلة الشهادة بالملك حتى يقضى القاضي للوارث والمودع بالتمليك فيصير ضامناً ولانه بالتجهيل يصير مسلطا غرماءه وورثته على أخذها والمودع بمثل هذا التسليط يصير ضامناً كما لو دل سارقا على سرقتها ولانه التزم أداء الامانة ومن أداء الامانة بيانها عند موته وردها على المالك اذا طلب فكما يضمن بترك الرد بعد الطلب يضمن أيضاً بترك البيان عند الموت ٠ وابن أبي ليلي يقول هذا كله اذا علم قيامها عند الموت ولا يعرف ذلك ولكنا نقول قد علمنا بقاءها والتمسك بما هو المعلوم واجب مالم يتبين خلافه *وربما يقول حق الغرماء كان في ذمته ويتحول بالموت الى ماله وحق أصحاب الامانة لم يكن في ذمته في حياته فكيف يزاحمون الغرماء في ماله بعد موته ٠ ولكنا نقول صار حقهم أيضاً ديناً قبل

موته حين وقع اليأس عن بيانه . ثم حق أصحاب الامانة من وجه أقوى لعلمنا انه كان في عين المال الذى في يده ومن له حق العين فهو مقدم على سائر الغرماء كالمرتهن في الرهن فان كان لا يستحق صاحب الامانة الترجيح فلا أقل من ان يزاحم الغرماء ﴿ واذا ﴾ رد المستودع الوديعة الى المودع ثم أقام رجل البينة أنها له وحضروا عند القاضي فلا ضمان على المستودع لان فعله في القبض قد انتسخ بالرد الى من أخذ منه فلا يبقى له حكم بعد ذلك وبيان الانتساخ من حيث الحس ظاهر ومن حيث الحكم فلأنه مأمور بالرد شرعا على من أخذها منه قبل حضور المالك . ألا ترى أن الاول لو كان غاصباً معروفا فطالب المودع بالرد عليه قبل ان يحضر المالك ألزمه القاضي ذلك * وكذلك لو كانت سرقة أو غصبا فالمودع بالرد على من أخذه منه يكون ناسخاً حكم فعله فيبقى للمالك قبله حق وهذا لان وجوب الضمان عليه باعتبار التفويت فان بأخذه فات على المالك التمكن من الاخذ من الاول وقد زال ذلك بالاعادة الى يده * وكذلك ان كان المودع صبياً أو عبداً محجوراً عليه . وكذلك ان كان رب الوديعة صبياً أو عبداً لان المسقط للضمان في حق المودع رده الى من أخذه منه وذلك متحقق منه (وان) كان المودع دفعها الى انسان بأمر المودع أو باع أو وهب وسلم بأمره ثم ظهر الاستحقاق كان للمستحق ان يضمن المستودع لانه ما نسخ فعله بالرد الى من أخذه منه انما سلمه الى غيره وذلك سبب موجب للضمان عليه بدون أمر المودع وقد ظهر بالاستحقاق ان أمره لم يكن معتبراً فكان المستودع ضامنا بخلاف الاول فقد رد هناك الى الموضع الذى أخذه منه وذلك ناسخ لفعله ﴿ عبد ﴾ استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة تاجراً كان العبد أو محجوراً لان المودع ما قبض منه شيئاً . ولان تمكنه من أخذ هذا المال بشرطين (احدهما) قيام ملكه في رقبة الدافع في الحال (والثانى) فراغ ذمة الدافع عن دين العبد لان دين العبد في كسبه مقدم على حق المولى والمودع ليس بخصم في اثبات هذين الشرطين عليه ولانه انما يتمكن من أخذه اذا علم ان الوديعة كسب العبد وذلك غير معلوم فلعلها كانت وديعة في يده لغيره وانما أورد هذا لايضاح ما سبق أن المودع رد الوديعة الى من أخذها منه وليس عليه طلب المالك ليردها عليه فان في هذا الموضع يلزمه ردها الى العبد اذا حضر ولا يلزمه ردها على مالكها (واذا) مات رب الوديعة فالوارث خصم في طلب الوديعة لانه خليفة

المورث قائم مقامه بعد موته * فان كان على الميت دين وله وصى فينبغى للمستودع أن يدفع الوديعة الى الوصي لانه قائم مقام الوصى بعد موته فأما الوارث فانما يخلف المورث بشرط فراغ التركة عن حق الغرماء لان حق الغرماء مقدم على حق الوارث فلهذا كان له أن يدفعها الى الوصي ليبيعها فيقضى الدين ثم يدفع مابقى الى الوارث (وان) كانت الوديعة عبداً أودابة أوثوبا واحدا عند رجلين فانهما يتهايآن على حفظه فيمسكه كل واحد منهما شهرا لان اجتماعهما على الحفظ آناء الليل والنهار لا يتصور ولانهما يحفظان ما لايحتمل القسمة من ملكهما بهذه الصفة فكذلك من الوديعة لانهما يحفظان الوديعة على الوجه الذى يحفظان مالهما (وان) وضعه أحدهما عند صاحبه فهلك لم يضمنا شيئاً اعتبارا بما لوهلك فى يد احدهما فى زمان المهايأة وقد بينا هذا (واذا) قال رب الوديعة أودعتك عبداً وأمة وقال المستودع ما أودعتنى إلا الامة وقد هلكت فأقام رب الوديعة البينة على ما ادعى ضمن المستودع قيمة العبد لانه جحد الوديعة فى العبد فصار ضامنا قيمته ولا ضمان عليه في الامة لانه مقر بالوديعة فيها وقد زعم انها هلكت فالقول قوله مع يمينه ﴿ رجلان ﴾ ادعى كل واحد منهما أمة فى يد رجل أنه أودعها اياه وقال المستودع ما أدرى لايكما هى غير أنى أعلم أنها لأحدكما (قال) يحلف لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يدعى عليه أنه أودعه الامة بعينها وهومنكر لذلك انما أقر بايداع أحدهما بغير عينه منه والمنكر غير المعين فلهذا يحلف لكل واحد منهما وتمام بيان المسئلة فى كتاب الاقرار وانما أورد المسئلة هنا لبيان خلاف ابن أبى ليلي في فصل وهو انه اذا أبى أن يحلف لهما فانه يدفع الامة اليهما ويغرم قيمتها بينهما نصفين . وعند ابن أبى ليلى يردها عليهما ولا شيء عليه سوى ذلك وهو بناء على ما بينا ان التجهيل غير موجب للضمان على المودع وعندنا التجهيل موجب للضمان عليه وقد صار مجهلا فى حق كل واحد منهما فيصير ضامناً ثم بنكوله صار مقرا لكل واحد منهما انه أخذ جميعها منه وانما رد على كل واحد منهما نصفها فيصير ضامناً لكل واحد منهما ما بقى من حقه وذلك بأن يغرم قيمتها بينهما ألا ترى انه لوقال هذا استودعنيها ثم قال أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفعها الي الأول لان اقراره له بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لاقراره انها للثانى وانه صار مستهلكا على الثانى باقراره بها للأول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الأول بغير قضاء

القاضي وكذلك ان كان دفعها بقضاء القاضي في قول محمد . وفى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لايكون ضامناً لان بمجرد اقراره لم يفت على الثاني شئ وانما الفوات بالدفع الى الاول وقدكان بقضاء القاضي ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذى سلط القاضي على القضاء بها للاول باقراره قد أقر أنه مودع فيها من الثاني والمودع اذا سلط الغير على أخذ الوديعة يصير ضامناً للمودع ﴿ رجل ﴾ استودع رجلا وديعة فأودعها المستودع غيره من غير عياله فهلكت فالاول ضامن لها لانه متعد بالتسليم الى غير من أمر بحفظها منه ولا ضمان على مودع المودع في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو ضامن لها أيضاً ولصاحب المال الخيار يضمن أيهما شاء . وعند ابن أبي ليلى لاضمان على واحد منهما بناء على أصله ان للمودع أن يودع غيره وقد بينا هذا . فأماهما فيقولان الاول متعد فى التسليم بغير اذن المالك والثانى متعد في القبض بغير اذن المالك فكان للمالك أن يضمن أيهما شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب فان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه بالضمان ملك فتبين أنه أودع ملك نفسه وقد هلكت في يد المودع وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه مغرور من جهته فانه أودعه على انه ملكه وانه لايلحقه الضمان فهلك في يده فاذا لحقه الضمان رجع عليه ولانه فى القبض والحفظ كان عاملا له فيرجع عليه بما يضمن بسببه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاول يصير ضامناً بالتسليم الى الثانى بدليل أنه لو سلمها اليه ليحفظها بحضرته فهلكت لم يضمن واحد منهما وانما يصير الاول ضامناً بترك الحفظ حين غاب بعد ماسلمها الى الثاني فاما الثاني لم يترك الحفظ بل هو مقبل على الحفظ حين هلكت فلا يضمن شيئاً . يوضحه ان اصل قبض الثانى لم يكن موجبا للضمان عليه حتى لو هلك قبل غيبة الاول لم يضمن ولم يوجد من جهته صنع بعد ذلك فيصير به ضامناً والضمان لايجب بدون الصنع انما وجد الصنع من الاول وهو الذهاب وترك الحفظ ولما لم يصر الثاني ضامناً بالقبض كان هذا فى حقه كثوب هبت به الريح وألقته فى حجره فاذا هلكت من غير صنعه لم يضمن . يقرره أن الاول لما لم يضمن بمجرد التسليم وانما ضمن بتركها في يد الثاني بعد غيبته فقد صارت يده يداً معتبرة في ايجاب الضمان على الاول ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في ايجاب الضمان على الثاني كاجير القصار اذا دق الثوب وتخرق للموجب الضمان على الاستاذ بسبب فعل الاجير ولم يجب على الاجير شئ من

الضمان لانه لوضمن انما يضمن بذلك الفعل أيضاً والفعل الواحد لا يكون موجباً للضمان على الشخصين فهذا مثله . بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما انما يصير ضامناً بفعله وهو غصبه وغصب أحدهما غير غصب الثاني ولهذا يعتبر في كل حق واحد منهما قيمته حين غصبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب العارية ﴾

(قال) الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى إملاء * العارية تمليك المنفعة بغير عوض سميت عارية لتعريها عن العوض فانها مع العرية اشتقت من شيء واحد والعرية العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض والعارية في المنفعة كذلك ولهذا اختصت بما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها أوما يجوز تمليك منافعها بالعوض بعقد الاجارة . وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه علي أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضاً لانه لاينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها وما يملك الانسان الانتفاع به علي أن يكون مثله مضمونا عليه يكون قرضاً (وكان) الكرخي رحمه الله يقول موجب هذا العقد اباحة الانتفاع بملك العين لا بملك المنفعة بدليل انه لا يشترط إعلام مقدار المنفعة فيه ببيان المدة والجهالة تمنع صحة التمليك أما لاتمنع صحة الاباحة وبدليل أن المستعير ليس له أن يؤاجر ومن تملك شيئاً بغير عوض جاز له أن يملكه من غيره بعوض كالموهوب له . والصحيح أن موجب هذا العقد ملك المنفعة للمستعير لان المنفعة تحتمل التمليك بعوض فتحتمل التمليك بغير عوض أيضا كالعين والدليل عليه أن المستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس بالانتفاع به والمباح له لا يملك أن يبيح لغيره ﴿ والعارية ﴾ تنعقد بلفظ التمليك بأن يقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا أو جعلت لك سكنى داري هذه شهرا إلا أنه لايؤاجره لما فيه من الحاق الضرر بالمعير فانه ملكه علي وجه يتمكن من الاسترداد فهو نظير مالو استأجر دابة أوثوباً ليس له أن يؤاجر من غيره وان ملك منفعة اللبس والركوب ولكن لما كان الناس يتفاوتون في ذلك ففي الاجارة من غيره

اضرار بالآخر ﴿ فان قيل ﴾ كان ينبغي أن يملك المستعير الاجارة ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة ﴿ قلنا ﴾ لو ملك المستعير الاجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك * وانما لا يشترط إعلام المدة أو المكان في الاعارة لان اشتراط ذلك في المعاوضات لقطع المنازعة وذلك لا يوجد في العارية لانه لا تمكن بينهما منازعة اذا أراد المعير الاسترداد . ولان المعاوضات يتعلق بها صفة اللزوم وذلك لا يتحقق في غير المعلوم فأما العارية لا يتعلق بها صفة اللزوم فلهذا لا يشترط إعلام المكان ولا إعلام المدة ولا اعلام ما يحمل على الدابة وعند اطلاق العقد للمستعير ان ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب كما ينتفع بدابة نفسه في قليل المدة وكثيرها مالم يطالبه المالك بالرد لانه لا يؤاجرها فان آجرها صار غاصبا وكان الاجر له يتصدق به وقد بيناه في كتاب الغصب . وان هلكت بعد ما آجرها كان ضامنا لها فاذا لم يؤاجرها ولكنها هلكت في يده لم يضمن في أقوال علمائنا رحمهم الله سواء هلكت من استعماله أولا وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضوان الله عليهم وقال الشافعي رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لا من الاستعمال ضمن قيمتها للمالك وهو قول ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهما . واحتج في ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة فقد جعل الضمان صفة للعارية فيقتضي ان يكون صفة لازمة لها كما ان الله تعالى لما جعل القبض صفة للرهن بقوله عز وجل فرهان مقبوضة اقتضى ان يكون ذلك صفة لازمة للرهن . واستعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان دروعا في حرب هوازن فقال له أغصبا يا محمد قال صلى الله عليه وسلم لا بل عارية مضمونة مؤداة . وكتب في عهد بني نجران وما تعار رسلي فهلكت على أيديهم فضمانها على رسلي . وقال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد والاخذ انما يطلق في موضع يأخذ المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية وهو المعنى الفقهي أنه لما قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق تقدم فكان مضمونا عليه كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمستقرض . وهذا لانه لما لم يثبت بهذا العقد استحقاق تسليم العين عرفنا انه مقصور على المنفعة لا يتعدى الى العين فصار في حق العين كأنه قبضه بغير اذنه بخلاف الاجارة فقد تعدى العقد هناك الى العين حتى تعلق به استحقاق تسليم العين . وبخلاف

الوديعة فان المودع لا يقبض الوديعة لمنفعة نفسه انما يقبضها لمنفعة المالك ولهذا لم يكن عليه مؤنة الرد وهو المعتمد لهم فان قبض العارية يوجب ضمان الرد حال قيام العين فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين كالقبض بطريق الغصب • يقرره أن ضمان الرد انما يلزمه لانه يسقط بالرد ضمان العين عن نفسه ولما لزمه ضمان الرد فعليه أداء ما لزمه ولا يتحقق أداء ذلك الا برد العين عند قيامه ورد القيمة عند هلاك العين ليصير به مؤديا مالزمه من ضمان الرد وهذا بخلاف ما لو تلف في الاستعمال لان فعله في الاستعمال منقول الى المالك فانه يستعمل بتسليط المالك فيحصل به الرد معنى * ويجوز ان يكون العين مضمونا عليه ثم يبرأ عن ضمانه بفعل يباشره بتسليط المالك كما لو غصب من غيره شاة فقال له المغصوب منه ضح بها فان هلكت قبل ان يضحي بها ضمنها وان ضحى بها لم يضمن شيئاً . ولا يقال قبضه بتسليط المالك أيضاً لانه يقبض من يد المالك لنفسه فلا يمكن أن يجعل فعله في القبض كفعل المالك . والدليل عليه أنه لوضمن للمستحق لم يرجع على المعير ولو كان يد المستعير في العين كيد المعير لرجع عليه بالمودع . وحجتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والمغل هو الخائن فقد نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه أنه قبض العين للانتفاع به باذن صحيح فلا يكون مضمونا عليه كالمستأجر . وتأثيره أن وجوب الضمان يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شيء على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت . ألا ترى ان القبض في كونه موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض أولى ولا يجوز أن يجب الضمان هناك باعتبار العقد لان العقد عقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالهبة . والدليل عليه ان ما تناوله العقد وهو المنفعة لا يصير مضمونا بهذا العقد فما لم يتناوله العقد أولى . ولان العقد على المنفعة اذا كان بعوض وهو الاجارة لا يوجب ضمان العين وتأثير العوض في تقدير حكم ضمان العقد فاذا كان العقد على المنفعة مقرونا بالعوض لا يوجب الضمان فالمتعرى عن العوض كيف يوجب الضمان . والدليل عليه أنه لو تلف في الاستعمال لم يضمن ولا يجوز ان يجعل فعله كفعل المالك لانه استعمل لمنفعة نفسه ولكن انما لا يضمن لوجود الاذن من المالك في الاستعمال فكذلك للقبض * وان قال بحكم الاذن من المالك في الاستعمال جعل استعماله

كاستعمال المالك فبحكم الاذن فى القبض والاعطاء ينبغي أن يجعل قبضه كقبض المالك أيضا ووجوب ضمان الرد على المستعير ليس لما قال بل لان منفعة النقل حصلت له والرد فسخ لذلك النقل فكانت المؤنة على من حصلت له منفعة النقل ولهذا توجب مؤنة الرد على الموصى له بالخدمة أيضاً فأما ضمان العين انما يجب على من فوت شيئاً على المالك . بقبضه كالغاصب ولم يوجد ذلك اذا كان القبض باذنه . والمقبوض على سوم الشراء انما كان مضمونا ضمان العقد والاذن يقرر ضمان العقد ولان المالك هناك مارضى بقبضه الا بجهة العقد فيما وراء العقد كان المقبوض بغير اذنه . والمستقرض كذلك انما كان مضمونا بالعقد والاذن يقرر ضمان العقد وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع عند الاستحقاق بسبب الغرور أو بسبب العيب وذلك يختص بعقد المعاوضة فانه يقتضي السلامة عن العيب فأما عقد التبرع لا يقتضي ذلك ولهذا لا يرجع الموهوب له بضمان الغرور عندنا (وقوله) بأنه قبض العين لاعن استحقاق تقدم (قلنا) نعم ولكنه قبض العين بحق والموجب للضمان القبض بغير حق لما فيه من التفويت على المالك وكما أن القبض موجب للضمان فالاتلاف كذلك ثم الاتلاف انما يوجب الضمان اذا حصل بغير حق لا اذا حصل بغير استحقاق تقدم فالقبض مثله * والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة ضمان الرد ولانه جعل الضمان صفة للعين وحقيقة ذلك فى ضمان الرد لانه يبقى ببقاء الرد وحديث صفوان فقد قيل انه أخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله أغصبا يا محمد الا أنه اذا كان محتاجاً الى السلاح كان الاخذ له حلالا ثمة شرعاً ولكن بشرط الضمان كمن اصابته مخمصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان (وقيل) كانت الدروع أمانة لاهل مكة عند صفوان فاستعارها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجته اليها فكان مستعيرا من المودع وهو ضامن عندنا (وقيل) المراد ضمان الرد (وقوله) مؤداة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه يعلم باللفظ الثانى أن المراد بالاول علم الفقه (وقيل) كان هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتراط الضمان على نفسه والمستعير وان كان لا يضمن ولكن يضمن بالشرط كالمودع على ماذكره فى المنتقى ولكن صفوان كان يومئذ حربيا ويجوز بين المسلم والحربى من الشرائط مالا يجوز بين المسلمين (وقيل) انما قال ذلك تطييبا لقلب صفوان على ماروى انه هلك بعض تلك الدروع فقال صلى الله عليه وسلم ان شئت غرمناها لك فقال لا فانى اليوم

أرغب فى الاسلام مما كنت يومئذ ولو كان الضمان واجبا لامره بالاستيفاء أو الابراء (وقوله صلى الله عليه وسلم) ومايمار رسلي فهلك على أيديهم أى استهلكوه لانه يقال هلك فى يده اذا كان بغير صنعه وهلك على يده اذا استهلكه (وقوله صلى الله عليه وسلم) على اليد ما أخذت حتى ترد يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام فى وجوب ضمان القيمة بعد هلاك العين * قال (وان استعار الدابة يوما الي الليل ولم يسم مايحمل عليها لم يضمن اذا هلكت) لانه قبضها باذن صحيح ولكن ان أمسكها بعد مضي اليوم فهو ضامن لها لانه لما وقت فقد بين انه غير راض بقبضه اياها فيما وراء المدة فاذا أمسكها بعد مضى المدة كان ممسكا لها بغير رضا صاحبها فيضمنها كما فى المودع اذا طولب بالرد فلم يرد حتى هلكت . وهذا بخلاف المستأجر فانه بعد مضى المدة اذا أمسكها لا يضمنها مالم يطالبه صاحبها بالرد لان مؤنة الرد هناك ليست على المستأجر ولكنها على المالك فاذا لم يحضر المالك ليأخذها لم يوجد من المستأجر منع يصير به ضامنا . وهنا مؤنة الرد على المستعير فاذا أمسكها بعد مضى المدة فقد وجد منه الامتناع من الرد المستحق عليه وذلك موجب ضمان المستعار عليه (واذا لم يؤقت المالك ولكنه أعارها ليحمل عليها الحنطة فحمل ينقل عليها الحنطة أياما فلا ضمان عليه) لان الاذن من المالك مطلق فلا ينعدم حكمه الا بالنهى والمطالبة بالرد ولم يوجد * وان حمل عليها الآجر أو اللبن أو الحجارة فعطبت فهو ضامن لانه خالف ماأمره به نصا فصار غاصبا مستعملا بغير إذنه * وهذه المسئلة على أربعة أوجه (أحدها) أن يحمل عليها غير ماعينه المالك ولكنه مثل ماعينه فى الضرر على الدابة من جنسه بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم [٣] من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة أخرى أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره فلا ضمان عليه لان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وهذا التقييد والتعيين لايفيد شيئاً فان حنطته وحنطة غيره في الضرر عليها سواء (والثانى) أن يخالف فى الجنس بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير . فى القياس يكون ضامنا لانه مخالف فانه عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر . ألا ترى ان الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه وفى الاستحسان لا يكون ضامنا لانه لافائدة للمالك فى تعيين الحنطة فان مقصوده دفع زيادة

---

(٣) (مخاتيم) جمع مختوم وهذا الصاع كما فى القاموس اه مصححه

الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير يكون أخف على الدابة وقد بينا انه انما يعتبر
من تقييده ما يكون مفيدا دون ما لا يفيده شيئاً حتى قيل لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا
فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ من الحنطة
فهو كما لو استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حطبا أو تبنا فأما مثل ذلك كيلا من الشعير
لا يأخذ من ظهرها أكثر مما يأخذ من الحنطة (والثالث) أن يخالف الى ماهو أضر على
الدابة بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا أو آجرا مثل وزن الحنطة فهو ضامن
لها لان هذا يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابة فكان أضر عليها من حمل الحنطة وتقييد
المالك معتبر اذا كان مفيدا له. وكذلك لو حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنا لانه يأخذ من
ظهر الدابة فوق ما تأخذ الحنطة فكان أضر عليها من وجه كما لو حمل عليها حطبا أو تبنا
(والرابع) أن يخالف في المقدار بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة
عشر مختوما فهلكت فهو ضامن ثلث قيمتها لانه في مقدار عشرة مخاتيم موافق لانه حامل
باذن المالك وفيما زاد على ذلك حامل بغير اذنه فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك
وهذا اذا كان مثل تلك الدابة تطيق حمل خمسة عشر مختوما فان كان يعلم انها لا تطيق ذلك
فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها بهذا الحمل والمالك ما أذن له في اتلافها * وللشافعي ثلاثة
أقاويل في هذه المسئلة. قول مثل قولنا. وقول آخر انه يضمن جميع قيمتها لانه خالف الى
ماهو أضر على الدابة فهو كما لو خالف في الجنس. وقول آخر أنه يضمن نصف قيمتها لانها تلفت
من حملين أحدهما باذن صاحبه والآخر بغير اذنه فيضمن نصف قيمتها كما لو أمره أن يضرب
عبده عشرة أسواط فضربه أحد عشر سوطا فمات من ذلك يضمن نصف قيمته. ولكن
الفرق بينهما ظاهر لان ذلك ضمان قتل وفي باب القتل المعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات
فقد تقوي الطبيعة على دفع ألم عشر جراحات في موضع ولا تقوى على دفع ألم جراحة
واحدة في موضع فلهذا اعتبرنا عدد الجناة وجعلنا الضمان نصفين. وهنا تلف الدابة باعتبار
ثقل المحمول وثقل عشرة مخاتيم فوق ثقل خمسة مخاتيم في الضرر على الدابة فلا بد من أن
يتوزع الضمان على قدر ثقل المحمول وهذا بخلاف ما لو استعار ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم
حنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئاً فشيئاً
فلما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة

مستعمل لها بغير اذن مالكها فيضمن جميع قيمتها . فأما الحمل يكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفى البعض مخالف فيتوزع الضمان علي ذلك * واذا جاوز المكان الذى سمى له وأخذ الى مكان غير ذلك فعطبت فهو ضامن لها لانه استعملها بغير اذن صاحبها فالتقييد من صاحبها هنا مفيد لان الضرر على الدابة يختلف بقرب الطريق وبعده والسهولة والوعورة * وان استعارها ليحمل كذا وكذا ثوبا هرويا فحمل عليها مثل ذلك مرويا أو قوهيا أو نرمقاً لم يضمن لان التقييد بالهروى غير مفيد فان سائر أجناس الثياب كالهروى فى الضرر على الدابة * وكذلك في الوزنيات من الادهان وغيرها كل تقييد يكون مفيداً فهو معتبر واذا خالف ذلك كان ضامناً ومالا يكون مفيداً لا يعتبر (وان) استعارها ليركبها هو فركبها هو وحمل معه عليها رجلا ضمن نصف قيمتها لانه في نصفها موافق وفى النصف مخالف والجزء معتبر بالكل ﴿فان قيل﴾ أليس أنه لو لم يركبها وحمل عليها غيره فهلكت ضمن جميع قيمتها فاذا ركبها معه أولى لان الضرر على الدابة أكثر ﴿قلنا﴾ اذا حمل عليها غيره فهو مخالف فى الكل واذا ركبها فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره . ألا ترى أنه لو كان استأجرها لركوبه لم يجب الأجر اذا حمل عليها غيره ووجب الأجر اذا ركبها وحمل مع نفسه غيره وهذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل رجلين فان كان يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو متلف لها ضامن لجميع قيمتها ثم لم يعتبر هنا الثقل والخفة بأن يكون الذى حمله مع نفسه أخف منه أو أثقل منه . بخلاف مسألة الحنطة وهذا لانه استقبح وزن الرجال فى مثل هذا (فقال) أرأيت لو كان يوزن كل واحد منهما أيوزن قبل الطعام أو بعده قبل الخلاء أو بعده لان الضرر فى حق الراكبين على الدابة لا يكون باعتبار الثقل والخفة فرب ثقيل يروض الدابة اذا ركبها لهدايته فى ذلك ورب خفيف يعقرها لخرقه فى ذلك فلهذا اعتبرنا المناصفة * فان قضى حاجته من الدابة ثم ردها مع عبده أو بعض من هو فى عياله فلا ضمان عليه ان عطبت لان يد من فى عياله فى الرد كيده كما أن يد من فى عياله فى الحفظ كيده والعرف الظاهر ان المستعير يرد المستعار بيد من فى عياله ولهذا يعولهم فكان مأذونا فيه من جهة صاحبها دلالة * وكذلك ان ردها الى عبد صاحب الدابة وهو الذى يقوم عليها فهو برىء استحسانا . والقياس ان لا يبرأ ما لم تصل الى صاحبها كالمودع اذا رد الوديعة لا يبرأ عن الضمان مالم تصل الى يد

صاحبها ووجه الاستحسان ان صاحبها انما يحفظ بيد هـذا السائس ولودفعها اليـه لكان يدفعها الى السائس أيضاً فكذلك اذا ردها على السائس والعرف الظاهرأن صاحب الدابة يأمر السائس بدفعها الى المستعير وباستردادها منـه اذا فرغت فيصير مأذونا في دفعها اليـه دلالة ولم يوجد مثل هـذا العرف فى الوديعة فان صاحبها هو الذى يتولى استردادها عادة وانما أودعها لانه لم يرض بكونها فى يد عياله حتى قالوا في المستعار لو كان عقـد لؤلؤ فرده المستعير على عبد هو سائس دواب المعير لا يبرأ لانه فى مثل هذا لا يرضى باسترداد مثله عادة*وان استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبس فهو ضامن لان الناس يتفاوتون في لبس الثوب ولبس القصاب والدباغ لا يكون كلبس البزاز والعطار فكان هذا تقييدا مفيداً في حق صاحب الثوب فاذا ألبسـه المستعير غيره صار مخالفا . وكذلك الدابة اذا استعارها ليركبها هو لان الناس يتفاوتون فى الركوب فرب راكب يروض الدابة وآخر يقتلها . فأما اذا استعاره ولم يسم من يلبسه فأعاره غيره لم يضمن لان صاحب الثوب رضى باسـتيفاء منفعة اللبس من ثوبه مطلقا فسواء لبسه المستعير أو غيره لم يكن مخالفا لما نص عليه المستعير وكذلك ان كان المستعار مما لا تتفاوت الناس فى الانتفاع به كسكنى الدار وخدمة العبد لان تقييده هنا بنفسه غير مفيد فيكون وجوده كعدمه وهو بناء على أصلنا أن للمستعير أن يعير وعند الشافعى رحمه الله تعالى ليس للمسـتعير ان يعير لانه منتفع بملك الغير باذنه فلا يكون له أن يأذن لغيره فى ذلك كالمبـاح له الطعام لا يبيح لغيره وهذا لانه يسوى غيره بنفسه فيما هو من حق الغير وانما له هذه الولاية في حق نفسه لافي حق الغير * ألا ترى أن الوكيل بالتصرف لا يوكل غيره به . وحجتنا فى ذلك ان المستعير مالك للانتفاع بهذا العين فيملك أن يعيره من غيره كالمستأجر والموصى له بالخدمة وهذا لما بينا ان المستعير يملك المنفعة بالعارية واليه أشار بعد هذا فقال (من أعارك شيئا فقد جعـل لك منفعة ذلك)والدليـل عليه انه لو قال ملـكتك منفعة هذه العين كانت عارية صحيحة فاذا ثبت انه مالك للمنفعة فهو بالتمليك من الغير يتصرف فى ملك نفسه ويستوى غيره بنفسه فى حق نفسه وذلك صحيـح بخلاف المباح له الطعام فانه لا يملك الطعام وانما يتناوله على ملك المبيح الا ان العين بقى على ملك صاحبه ففيما يتفاوت الناس فى الانتفاع به لا يعيره من غيره وان كان تصرفه فى ملك نفسه لدفع الضرر وذلك صحيح كما أن أحد الشريكين فى العبد اذا كاتبه كان للآخر

ان يفسخ لدفع الضرر عن نفسه. والمشترى اذا تصرف في الشقص المشفوع فهو متصرف في ملكه ثم ينقض تصرفه لدفع الضرر على الشفيع * قال (رجل استعار من رجل أرضا على ان يبنى فيها أو على أن يغرس فيها نخلا فأذن له صاحبها فى ذلك ثم بدا له ان يخرجه فله ذلك عندنا) وقال مالك رحمه الله تعالى ليس له ذلك لانه غير متعد فى البناء والغرس فلا يهدم عليه ذلك وصاحب الارض وان كان يتضرر بذلك فقد رضي بالتزام هذا الضرر. فأما صاحب البناء لم يرض بهدم بنائه وغرسه فلا يكون لصاحب الارض أن يأخذها ما لم يفرغ ولكنا نقول الارض بقيت على ملك صاحبها والعارية لا يتعلق بها اللزوم فلا يمتنع بسببه عليه اثبات اليد على ملكه والانتفاع به متى شاء وصاحب البناء والغرس لما بنى على بقعة هى مملوكة لغيره من غير حق لازم له فقد صار راضياً بان يهدم عليه بناؤه وغرسه لانه ملكه وقد شغل أرض الغير به فيؤمر بتفريغه ولا ضمان له على صاحب الارض عندنا (وقال) ابن أبي ليلى البناء للمعير ويضمن قيمتها مبنيـة لصاحبها لان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يندفع الضرر بهذا . وشبه هـذا بثوب إنسان اذا انصبغ بصبغ غيره فأراد صاحب الثوب أن يأخذه فانه يضمن للصباغ قيمة صبغه ولكنا نقول صاحب الارض غير راض بالتزام قيمة البناء ففى الزام ذلك عليه من غير رضاه اضرار به ولا يجوز المصير اليه بدون تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لان رفع البناء وتمييز ملك احدهما من ملك الآخر ممكن بخلاف مسئلة الصبغ فان تمييز ملك احدهما من ملك الآخر هناك غير ممكن ثم هناك لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه أيضاً حتى يكون له أن يأبى التزام القيمة ليصار الى بيع الثوب فكذلك هنا ينبغى أن لا يلزم قيمة البناء بغير رضاه * فان كان وقت له وقتا عشرين سنة أو نحو ذلك ثم أخرجه قبل الوقت فهو ضامن للمستعير قيمة بنائه وغرسه عندنا . وعلى قول زفر رحمه الله لا يضمن ذلك لان التوقيت في العارية غير ملزم اياه شيئاً كاصل العقد فكما لا يكون له أن يضمنه قيمة البناء والغرس باعتبار مطلق الاعارة فكذلك بالتوقيت منها وبيان التوقيت غير ملزم اياه أنه يتمكن من اخراجه قبل مضي ذلك الوقت وحجتنا في ذلك ان المعير بالتوقيت يصير غاراً للمستعير لانه نص على ترك الارض فى يده واقرار بنائه فيها في المدة التى سمى فاذا لم يف بذلك صار غارا له وللمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار بخلاف ما اذا أطلق فهلك المعير لم يصر غاراً له ولكن المستعير

مغتر بنفسه حتى ظن انه بمطلق العقد يتركها في يده مدة طويلة. ولكن قد بينا فيما سبق أن الغرور بمباشرة عقد الضمان يكون سبباً للرجوع وذلك لايوجد هنا فان المعير لم يباشر عقدضمان. وان وقت فالوجه أن يقول كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيح العارية فلا بد من أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى وليس ذلك الاالتزام قيمة البناء والغرس اذا أراد اخراجه قبله وصار تقدير كلامه كانه قال ابن لي في هذه الارض لنفسك على أن أتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم أتركها فأنا ضامن لك ماتنفق في بنائك ويكون بناؤك لي فاذا بدا له في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره الا أن يشاء المستعير أن يرفعها ولا يضمنه قيمتها فيكون له ذلك لان البناء والغرس ملكه وانما أوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عن المستعير فاذا رضي بالتزام هذا الضرر كان هو أحق بملكه يرفعه بتفريغ ملك الغير (وقيل) هذا اذا لم يكن في قلع الاشجار ضرر عظيم بالارض فأما اذا كان فيه ضرر عظيم فليس للمستعير أن يرفعها بغير رضا المعير لما فيه من الاضرار به ولكن للمعير أن يتملكها عليه بالقيمة * وان كان اعاره الارض ليزرعها ووقت لذلك وقتاً أولم يوقت وقتا فلما تقارب حصاده أراد أن يخرجه فني القياس له ذلك كما في البناء والغرس وهذا لان الزارع زرع الارض من غير حق لازم له فيها فلصاحبها أن يأخذها متى شاء كالغاصب للارض اذا زرعها. ولكن في الاستحسان لا يأخذها صاحبها الى أن يحصد المستعير زرعها لانه ما كان متعديا في الزراعة بجهة العارية ولادراك الزرع نهاية معلومة فلو تمكن المعير من قلع زرعه كان فيه اضرار بالمستعير في ابطال ملكه ولو تركت في يد المستعير كان فيه اضرار بالمعير من حيث تأخير حقه وضرر الابطال فوق ضرر التأخير فاذا لم يكن بد من الاضرار باحدهما ترجح أهون الضررين. بخلاف البناء والغرس فانه ليس له نهاية معلومة فيكون الضرر من الجانبين ضرر ابطال الحق فترجح جانب صاحب الأصل على جانب صاحب التبع وبخلاف الغصب لان الغاصب متعد في الزراعة في الابتداء فلا يستحق بفعل التعدى ابقاء زرعه ولم يبين في الكتاب ان الأرض تترك في يد المستعير الى وقت ادراك الزرع بأجر أو بغير أجر * قالوا وينبغى أن يترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الاجارة والزرع بقل بعده وهذا لان ابطال حق صاحب الارض عن منفعة ملكه مجانا لا يجوز بغير رضاه وانما يعتدل النظر من الجانبين اذا

ترك الزرع الى وقت الادراك باجر المثل (فان) رد المستعير الدابة مع غلامه فعقرها الغلام فهو ضامن لقيمتها يباع في ذلك أو يؤدى عنه مولاه لانه استهلكها والعبد المحجور عليه يؤاخذ بضمان الاستهلاك فى الحال (واذا اختلف رب الدابة والمستعير فيما أعارها له وقد عقرها الركوب أو الحمولة فالقول قول رب الدابة عندنا) وعند ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول المستعير لان رب الدابة يدعى عليه سبب الضمان وهو الخلاف وهو منكر لذلك فالقول قوله ولكنا نقول الاذن يستفاد من جهة صاحب الدابة ولو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذلك اذا أنكر الاذن على الوجه الذى انتفع به المستعير وهذا لان سبب وجوب الضمان قد ظهر وهو استعمال دابة الغير والمستعمل يدعى ما يسقط الضمان عنه وهو الاذن وصاحبها منكر لذلك فاذا حلف فقد انتفى المسقط ويبقى هو ضامنا بالسبب الظاهر * وان اعاره الارض على ان يبنى فيها أو يسكن مابدا له فاذا خرج فالبناء لصاحب الارض فهذا الشرط فاسد لان البناء ملك البانى شرط رب الارض ذلك عليه لنفسه بازاء منفعة الارض فيكون هذا اجارة لا اعارة وهى اجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه حين لم يذكر مدة معلومة وبجهالة الاجر حين لم يكن مقدار ما يبنى معلوما لهما وقت العقد وعلى الساكن أجر مثل الارض فيما سكن لانه استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد (وينقض الساكن بناءه اذا طالبه صاحبها برد الارض) لان البناء ملكه ﴿ فان قيل ﴾ لماذا لا يملك البناء صاحب الارض بحكم الاجارة الفاسدة لانه صار قابضا له باتصاله بالارض ﴿ قلنا ﴾ كان الشرط بينهما ان يبنى الساكن لنفسه ثم البناء كان معدوما عند العقد والعقد على المعدوم لا ينعقد أصلا وانما يملك بالقبض ما يتناوله العقد الفاسد واذا مات المعير والمستعير انقطعت العارية. أما اذا مات المعير فلان العين انتقلت الي وارثه والمنفعة بعد هذا تحدث علي ملكه وانما جعل المعير للمستعير ملك نفسه لا ملك غيره. وأما اذا مات المستعير فلان المنفعة لا تورث لان الوراثة خلافة وذلك فيما كان للميت فيخلفه فيه وارثه واذا كانت المنافع لا تبقى وقتين لا يتصور فيها هذه الخلافة ولان الدلالة قامت لنا على ان العقد على المنفعة بعوض يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو الاجارة فما كان منها بغير عوض أولى * وكذلك ان كان قال له هذه الدار لك سكنى لان معناه سكناها لك فان قوله لك يحتمل تمليك العين ويحتمل تمليك المنفعة وقوله سكنى يكون تفسيرا لذلك المحتمل وكذلك اذا قال عمرى سكنى كان قوله سكنى تفسيرا لقوله عمرى فانما تثبت العارية

بهذا اللفظ ثم تنقطع بموته (واذا جاء رجل الى المستعير وقال انى استعرت من فلان هذا الذي عندك وأمرني ان أقبضه منك فصدقه ودفعه اليه فهلكت عنده ثم أنكر المعير أن يكون أمره بذلك فالمستعير ضامن له)لانه يدعى على المعير الامر بالدفع اليه وهو منكر فالقول قوله مع يمينه واذا حلف يتبين انالمستعير دفعه الىغيرالمالك بغير اذنه وذلك موجب للضمان عليه ﴿فان قيل﴾ لماذا لم تجعل هذه اعارة من المستعير حتى لايكون موجباً للضمان عليه ﴿قلنا﴾ المستعير اذا أعاره من غيره فانه يقيمه مقام نفسه في الانتفاع وامساك العين فيكون يد الثانى كيد الأول ولهذا كان له أن يسترده متى شاء وهنا تسليمه الي الثانى لم يكن بهذا الطريق بل بطريق أنه أحق بالعين منه ولهذا لا يملك الاسترداد منه فلا يمكن أن يجعل كالمعير منه ثم اذا ضمن المستعير لايرجع به على الذى قبضه منه لانه صدقه فيما ادعي فى زعمه أنه مستعير من المالك وانه لاضمان على واحد منهما الا أن المالك ظلمه حين ضمنه ومن ظلم فليس له أن يظلم غير ظالمه*وان كان الذى جاءفقبض العارية منهخادم المعيروأنكر مولاه أن يكون أمرهبذلك فلاضمان على المستعير لما بينا ان الرد على خادم المعير كالرد على المعير فلا يكون سبباً لوجوب الضمان على المستعير *واذا رد المستعير الدابة فلم يجد صاحبها ولا خادمه فربطها فى دار صاحبها على معلفها فضاعت فهو ضامن لها في القياس لانه ضيعها حين أخرجها من يده ولم يسلمها الي أحد يحفظها . ألا ترى أن الغاصب لوفعل ذلك كان مضيعاًضامنا فكذلك المستعير وفي الاستحسان لاضمان عليهلانه ربطها فيموضعهاالمعروف ولو ردها علي صاحبها لكان يربطها فى هذا الموضع فكذلك اذاربطها بنفسه وهذا للعادة الظاهرة ان المستعير يأخذ الدابة من مربطها وردها الى مربطها فيثبت الاذنله من جهة صاحبها فى ذلك بهذا الطريق دلالة . وهذا بخلاف الغاصب لانه ضامن محتاج الى اسقاط الضمان عن نفسه بنسخ فعله وذلك لا يتم بردها الى مربطها بعد ما أخذها من صاحبها فأما المستعيرفهو أمينفانما الحاجة الى دفع سببالضمانعنه وهو التضييعوقد اندفع باعتبار العادة لانالمربط في يد صاحبالدابة فاعادتها الىالمربط بمنزلة الاعادة الى يد صاحبها حكماً(ولو جحد المستعير العارية ثم زعمانها هلكت فهو ضامنلها) لان العين كانت أمانة فييده فيصير ضامنا بالجحود كالمودع وان لم يجحد ولكن قال قد رددته أو ضاع منى فهو مصدق مع يمينه فى كل ما يصدق فيه المودع لانه أمين ينكر وجوب الضمان عليه (وعارية الدراهم

والدنانير والفلوس قرض) لان الاعارة اذن في الانتفاع ولا يتأتى الانتفاع بالنقود الا باستهلاك عينها فيصير مأذونا فى ذلك*وفيه طريقان اما الهبة أو القرض فيثبت الاقل لكونه متيقنا به ولان المستعير يلتزم رد العين بعد الانتفاع ويتعذر هنا رد العين فيقام رد المثل مقام رد العين والقبض الذى يمكنه من استهلاك المقبوض ويوجب عليه ضمان المثل القبض بجهة القرض * وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد مثل الجوز والبيض . قال فى الاصل أرأيت لو استعار دراهم يشترى بها طعاما أو جارية أما كان له أن يأكل الطعام أو يطأ الجارية له ذلك والمال قرض عليه * وان استعار آنية يتجمل بها فى منزله أو سكينا محلى أو سيفا أو منطقة مفضضة أو خاتما لم يكن شيء من هذا قرضا لان الانتفاع بهذه الاعيان مع بقائها ممكن ولهذا تجوز اجارتها (قالوا) ولو ان صيرفيا استعار دراهم أو دنانير ليتجمل بها فى حانوته أو ليعبر بها صنجاته فانه لا يكون قرضا لانهما لما صرحا به علمنا أن مقصودهما الانتفاع مع بقاء العين دون الاذن فى استهلاك العين * واذا استعار دابة ليركبها الى مكان معلوم فأخذ بها فى طريق آخر الي ذلك المكان فعطبت لم يضمن لانه مأذون فى الوصول عليها الي ذلك المكان ولم يقيد له طريق فلا يكون مخالفا فى أى طريق ذهب بعد أن يكون طريقا يسلكه الناس الي ذلك المكان فان كان طريقا لا يسلكه الناس الي ذلك المكان فهو ضامن لان مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف * وان استعارها الى حمام أعين فجاوز بها حمام أعين ثم جاء بها الى حمام أعين أو الى الكوفة فعطبت الدابة فهو ضامن لها حتى يردها الى صاحبها ﴿قيل﴾ هذا اذا استعارها ذاهبا لا راجعا فأما اذا استعارها ذاهبا وجائيا فلا ضمان عليه وهكذا ذكر فى النوادر لانه فى الاول لما وصل الى حمام أعين انتهى العقد فاذا جاوز كان غاصبا فلا يبرأ الا بالرد علي المالك وفى الثانى انما يضمن بالخلاف وهو استعمالها وراء المكان المشروط فاذا رجع الى حمام أعين فقد ارتفع الخلاف والعقد قائم بينهما فيكون أمينا ﴿وقيل﴾ الجواب فى الفصلين سواء لان يد المستعير يد نفسه * وفى الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق إنما أبرأناه عن الضمان لان يده يد المالك فيجعل في الحكم كما لو رده على المالك وهذا لا يوجد هنا فبقى ضامنا كما كان وان عاد الى مكان العقد مالم يوصله الى المالك والاجارة فى هذا كالعارية لان يد المستأجر يد نفسه أيضا فانه يقبض لمنفعة نفسه ورجوعه بضمان الاستحقاق لاجل الغرور الثابت بعقد ضمان لا لان يده يد المالك * يوضح الفرق ان

المستعير والمستأجر يضمنان بالامساك فانه لو استعار أو استأجر دابة ليركبها الى مكان كذا فأمسكها في المصر أياماً كان ضامنا فكذلك اذا جاوز المكان المشروط فانما ضمناه بامساكها في غير الموضع الذى تناوله الاذن ولا ينعدم الامساك إلا بالرد . فأما المودع يصير ضامناً بالاستعمال لا بالامساك وقد انعدم الاستعمال حين عاد الى الوفاق . يقول فان أقام صاحبها البينة أنها نفقت تحته في دير عبد الرحمن من ركوبه وأقام المستعير شاهدين أنه قد ردها الي صاحبها أخذت بينة رب الدابة لانها تثبت سبب تقرر الضمان على الراكب وبينة المستعير تنفي ذلك والبينات للاثبات * واذا نفقت الدابة تحت المستعير ثم أقام رجل البينة انها دابته يقضي القاضي له بالملك لاثباته ذلك بالحجة ولا يسأله البينة أنه لم يبع ولم يهب لان ذلك لا يدعيه أحد والقاضى نصب لفصل الخصومات لا لانشائها فان ادعى ذلك الذى أراد أن يضمنه أو قال أذن لى في عاريتها يحلف على ذلك لانه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلفه فان نكل كان نكوله كاقراره فلا يضمن المستحق أحداً وان حلف كان له أن يضمن أيهما شاء لان كل واحد منهما متعد في حقه المعير بالتسليم والمستعير بالقبض والاستعمال فان ضمن المعير لم يرجع على المستعير لانه ملكها من حين وجب عليه الضمان فيتبين انه أعار ملك نفسه وان ضمن المستعير لم يرجع على المعير أيضاً لانه ضمن بفعل باشره لنفسه بخلاف المودع ولانه لم يصر مغروراً من جهة المعير حين لم يشترط المعير لنفسه عوضا بخلاف المستأجر فقد صار مغروراً من جهة الاجر بمباشرته عقد الضمان واشتراط العوض لنفسه . ثم على المستأجر الأجر الى الموضع الذى نفقت فيه الدابة لانه استوفى المعقود عليه وذلك للأجر دون المالك لان تقوم المنفعة كان بعقده وبه وجب الأجر * ولا بأس بأن يعير العبد التاجر والعبد الذى يؤدى الغلة الدابة . وفى القياس ليس لهما ذلك لانه تبرع والمملوك ليس من أهله فان تبرعه يكون بملك الغير ولانه صار منفك الحجر عنه في التجارة والاعارة ليست من التجارة فى شيء * ووجه الاستحسان ان هذا من توابع التجارة فان التاجر لا يجد منه بدا لانه اذا أراد الانسان أن يعامله فلا بد أن يجلسه فى حانوته أو يضع وسادة له وهو اعارة لذلك الموضع منه وقد يستعار منه الميزان أوصنجات الميزان فاذا لم يعر لا يعار منه عند حاجته أيضا * وما يكون من توابع التجارة يملكه المأذون كاتخاذ الضيافة اليسيرة والاهداء الى المجاهدين بشيء . والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب

دعوة المملوك وحديث أبى سعيد مولى أبى أسيد رضى الله تعالى عنه قال عرست وأنا عبد فدعوت رهطاً من الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيهم أبو ذر فأجابونى. فدل أن للعبد اتخاذ الدعوة حتى أجابه أبو ذر رضى الله تعالى عنه مع زهده * والعبد الذى أمره المولى بأداء الغلة مأذون له فى التجارة لأنه لا يتمكن من الاداء إلا بالاكتساب فأمر المولى إياه بأداء الغلة يكون إذناله فى الاكتساب *(عبد مأذون له)* أجر دابته من رجل فنفقت تحته فاستحقها رجل وضمن الراكب قيمتها يرجع بها على العبد المأذون كما يرجع على الحر لانه صار مغروراً من جهته باشتراطه العوض لنفسه والمأذون يؤاخذ بضمان الغرور كالحر ولهذا تبين خطأ بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى أن ضمان الغرور كضمان الكفالة وان الغار يصير كالقائل للمغرور ان ضمنك أحد بسبب ركوب هذه الدابة أو استيلاد هذه الجارية فى البيع فأنا ضامن لك ذلك لانه لو كان هذا بطريق الكفالة لم يؤاخذ به المأذون فان العبد المأذون لا يؤاخذ بضمان الكفالة ولكن الطريق أن من باشر عقد المعاوضة فهو ملتزم سلامة المعقود عليه عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق والرجوع عليه لهذا . ولهذا لا رجوع على المعير الواهب لانه لا يلتزم صفة السلامة بعقد التبرع * ثم العبد فى التزام صفة السلامة بعقد المعاوضة وهو التجارة كالحر *واذا أعار عبد محجور عليه عبدا مثله دابة فركبها فهلكت تحته ثم استحقها رجل فله ان يضمن أيهما شاء لان أحدهما غاصب لملكه بالتسليم الى الاخر والآخر مستهلك باستعماله فان ضمن الراكب لم يرجع على المعير لانعدام الغرور منه ولان المعير كان محجورا عليه فلا يؤاخذ بضمان الأقوال وان ضمن المعير رجع به مولاه فى رقبة الراكب لان الدابة صارت كسب المعير حين تقرر عليه ضمانها وكسب العبد لمولاه . فتبين ان الراكب أتلف ملكه بغير رضاه . وكذلك ان كانت الدابة لمولى المعير فله أن يضمن الراكب لان اذن العبد المحجور عليه غير معتبر فى اسقاط حق المولى فبقى الراكب مستعملا دابته بغير رضاه فكان غاصبا ضامنا * وان استعار الرجل دابة نتوجا فألقت من غير أن يعنف عليها فلا ضمان عليه لانها لو هلكت من الركوب المعتاد لم يضمن فاذا هلك مافى بطنها أولى وان ضربها ففقأ عينها او كبحها باللجام فهلكت فهو ضامن لها لانه متلف بما صنع وانما أذن له المالك فى الركوب دون الضرب *ولو استعار من رجل سلاحا ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرمح فانكسر فلا ضمان عليه لانه مأذون فى الاستعمال والاستعمال لا يكون الا هكذا

وان ضرب به حجرا فهو ضامن لان المعير انما أذن له في المقاتلة بالسلاح والمقاتلة مع الخصم لا مع الحجر والضرب بالسيف الحجر غير معتاد أيضا فكان به ضامنا * قال (واذا قال المستعير في صحته أو مرضه قد هلكت مني العارية فالقول قوله مع يمينه) لانه أمين فيه كالمودع ولا يتغير حكم أمانته بمرضه (واذا) كان على دابة باعارة أو اجارة فنزل عنها في السكة ودخل المسجد ليصلي فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها وكذلك ان أدخل الحمل في بيته وخلى عنها في السكة لانه ضيعها حين تركها في غير حرز لا حافظ معها من أصحابنا رحمهم الله من قال هذا اذا لم يربطها بشيء فان ربطها لم يضمن لانه متعارف لا يجد المستعير من ذلك بدا . والأصح أنه يضمن اذا غيبها عن بصره . ألا ترى أنه قال وان كان في صحراء فنزل ليصلي وأمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه . فبهذا تبين ان المعتبر أن لا يغيبها عن بصره ليكون حافظا لها فأما بعد ما غيبها عن بصره لا يكون هو حافظا لها وان ربطها بشيء بل يكون مضيعا لها بترك الحفظ فيكون ضامنا *واذا استعارها ليركبها في حاجته الى ناحية مسماة من النواحي في الكوفة فأخرجها الى الفرات ليسقيها والناحية التي استعارها اليها من غير ذلك المكان فهلكت فهو ضامن لها لامساكه إياها في غير الموضع المأذون فيه أو ركوبه إياها الى موضع السقي ﴿ ولا يقال ﴾ انما فعل هذا لمنفعة الدابة لانه لا ولاية له على ملك الغير في ذلك إلا أن يأذن صاحبها وهو لم يأذن له في سقيها ولانه يمكنه ان يسقيها في خروجه الى الناحية التي استعارها اليها لان الماء موجود في كل موضع (واذا) وجد المعير دابته مع رجل يزعم انها له فهو خصم له فيها لانها في يده وهو يدعي رقبتها وذو اليد في مثل هذا خصم للمستحق * وان قال الذي هي في يديه أودعنيها فلان الذي أعرتها اياه فلا خصومة بينهما لانهما تصادقا على أن الوصول اليه من ذلك الرجل وذلك الرجل ليس بخصم للمدعي لو كان حاضراً لانه مستعير منه فكذلك من قامت يده فيها مقام يده لا يكون خصما ولانهما تصادقا أنه مودع حافظ لها فلا يكون خصما . وان كان ذلك المستعير باعها من رجل أو باعها وصيه بعد موته فأخذها صاحبها وأقام البينة انها له قضى بها له ورجع المشتري بالثمن على بائعه لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع * واذا طلب المعير ثوبه فأبى المستعير أن يدفعه فهلك عنده فهو ضامن لقيمته لانه بالمنع بعد الطلب صار غاصباً وان لم يمنعه ولكنه قال دعه عندي الى غد فرضي به صاحبه فلا ضمان عليه لانه بهذا الرضا صار كالمجدد للاعارة منه فلا

يكون في امساكه الى الغد متعديا ﴿ رجل ﴾ أرسل رسولا يستعير له دابة من فلان الى الحيرة فجاء الرسول الى صاحبها وقال ان فلانا يقول لك أعرني دابتك الى المدينة فدفعها اليه فجاء بها الرسول فدفعها الى الذى أرسله ثم بدا للذى أرسله أن يركبها الى المدينة وهو لا يشعر بما كان من قول الرسول فركبها فهلكت تحته فلا ضمان عليه لانه استعملها باذن مالكها . وان ركبها الى الحيرة فهلكت تحته فهو ضامن لها لانه جاوز المكان الذي أذن فيه المالك فصار مستعملا لها بغير اذنه وهذا لان ظنه غير معتبر انما المعتبر اذن المالك وقد كان الى الموضع الذي طلب الرسول . ثم لا يرجع المرسل على الرسول بشئ لانه لم يوجد منه عقد ضمان انما أخبره بخبر أو لم يخبره بشئ ولكنه لم يبلغ رسالته كما أمره به وذلك غير موجب للضمان عليه والكراء في هذا قياس العارية * وان قال أعرتني دابتك فنفقت وقال رب الدابة ما أعرتكها ولكن غصبتها فلا ضمان عليه ان لم يركبها لانه أقر بفعل المالك في ملكه وذلك غير موجب للضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فيكون القول قول المنكر . وان كان قد ركبها فهو ضامن لها لان السبب الموجب للضمان عليه قد ظهر وهو استعمال دابة الغير بغير اذنه والاذن المسقط للضمان لا يثبت بدعواه . وان قال رب الدابة أجرتكها فالقول قول الراكب مع يمينه لانهما تصادقا على ان الركوب حصل بالاذن ثم رب الدابة يدعى عليه الاجر والراكب منكر فالقول قوله لانكار ذلك . وهذا بخلاف العين فانه اذا هلك مال الغير في يده فقال وهبتها لي وقال المالك بل بعتها منك فانه يكون ضامنا لان العين مال متقوم بنفسه فلا يسقط حق المالك عن ماليته إلا باسقاطه فأما المنفعة انما تأخذ حكم المالية والتقوم بعقد الاجارة ورب الدابة يدعي ذلك والراكب منكر فلهذا لا يضمن شيئاً * وان أقام رجل البينة على أرض ونخل أنها له وقد أصاب ذو اليد من غلتها وثمرتها فهو ضامن لما أصاب من ذلك (وقال) ابن أبي ليلي لا ضمان عليه لان الثمرة منفعة الاشجار والمنفعة لا تكون مضمونة بغير عقد ضمان كمنفعة الدابة ولكنا نقول الثمرة عين مال متقوم بدليل جواز بيعها وهي مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصيب ضامناً لماله بالاتلاف كولد الجارية والحمل في الشاة اذا أتلفها * واذا غصب الرجل الارض وزرعها فالزرع له لانه حصل بعمله من بذره وهذا بخلاف ما اذا غصب جارية فأحبلها فان الولد هناك يكون لصاحبها لان حصول الولد بحضانتها في رحمها لا بفعل الواطئ فان ماء الفحل

يصير مستهلكها بالاختلاط بمائها ولان الولد في حكم جزء من عينها وهي بجميع أجزائها مملوكة للمغصوب منه فأما الزرع ليس بجزء من الارض. ألا ترى أنه من جنس البذر وانه حاصل بعمل الزارع كما قررناه في الغصب ثم الزارع ضامن لما نقص الارض عندنا. وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله لا ضمان عليه لان العقار لا يكون مضمونا بالغصب والنقصان لم يحصل بفعله ولان النقصان في الارض من حيث تقليل المنفعة والريع والمنفعة لا تكون مضمونة على الغاصب. ولكنا نقول قد انتقص مالية العين بفعله وهو الزراعة فكان متلفا بقدر النقصان والعقار يضمن بالاتلاف كما لو هدم الابنية أو قلع الاشجار. ثم يرفع من الزرع مقدار بذره وما أنفق فيه وما غرم من نقصان الارض ويتصدق بالفضل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه حصل له بكسب خبيث، وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله لا يتصدق بشئ لانه حصل له بزراعته وهو سبب مشروع للاكتساب وقد بينا هذا في الغصب * واذا استأجر أرضا سنة فزرعها سنتين فعليه الاجر للسنة الاولى لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد صحيح وعليه نقصان الارض بالزراعة في السنة الثانية لانه غاصب فيما صنع ويتصدق بالفضل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما في الفصل الأول. وعند ابن أبي ليلى عليه أجر مثلها في السنة الثانية لاعتبار الظاهر فكأنه زرعها في السنة الثانية بناء على العقد في السنة الاولى وانما لم يتعرض له صاحبها لهذا والعقد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح فيلزمه أجر مثلها (ثم) ختم الكتاب بمسئلة ذكرها في كتاب الزكاة أن من وجد كنزا في دار رجل فيه الخمس وأربعة أخماسه لصاحب الخطة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله للواجد وانما ذكر أبو يوسف رحمه الله هذه المسئلة المختلفة بين أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله في آخر هذا الكتاب وآخر الوديعة لان كل واحد منهما كان استاذه فانه كان في الابتداء يختلف الى ابن أبي ليلى تسع سنين ثم تحول منه الى أبي حنيفة واختلف عنده أيضا تسع سنين فاحب أن يذكر بعض الفصول عن استاذيه جميعا فلهذا ذكر هذه الفصول والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، واليه المرجع والمآب. وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الشركة ﴾

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى املاء * الاصل في جواز الشركة ما روى أن السائب بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفنى فقال صلوات الله وسلامه عليه وكيف لا أعرفك وكنت شريكى وكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى أى لا تداجي ولا تخاصم وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يفعلون ذلك فأقرهم عليه وقد تعامله الناس من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الي يومنا هذا من غير نكير منكر (ثم) الشركة نوعان شركة الملك . وشركة العقد ﴿ فشركة الملك ﴾ أن يشترك رجلان فى ملك مال وذلك نوعان . ثابت بغير فعلهما كالميراث . وثابت بفعلهما وذلك بقبول الشراء أو الصدقة أو الوصية والحكم واحد وهو أن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركا بينهما بقدر الملك وكل واحد منهما بمنزلة الاجنبي فى التصرف فى نصيب صاحبه ﴿ وأما شركة العقد ﴾ فالجائز منها أربعة أقسام المفاوضة والعنان وشركة الوجوه وشركة التقبل ويسمى هذا شركة الابدان وشركة الصنائع (فأما العنان) فهو مشتق من قول القائل عنّ لى كذا أى عرض قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كان نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذبل

أى عرض . وزعم بعض أهل الكوفة ان هذا شئ أحدثه أهل الكوفة ولم يتكلم به العرب وليس كذلك فقد قال النابغة الجعدى

وشاركنا قريشا فى تقاها * وفي احسابها شرك العنان

(وقيل) هو مأخوذ من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل بالاخرى وكل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف فى بعض المال الى صاحبه دون البعض أو علي معنى ان للدابة عنانين أحدهما أطول والآخر أقصر فيجوز فى

هذه الشركة أن يتساويا فى رأس المال والربح أو يتفاوتا فسميت عنانا ﴿وأما المفاوضة﴾ فقد قيل اشتقاقها من التفويض فان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه فى جميع مال التجارة (وقيل) اشتقاقها من معنى الانتشار يقال فاض الماء اذا انتشر واستفاض الخبر يستفيض اذا شاع فلما كان هذه العقد مبنياً على الانتشار والظهور فى جميع التصرفات سمى مفاوضة (وقيل) اشتقاقها من المساواة قال القائل

لاتصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

يعنى متساوين فلما كان هذا العقد مبنياً علي المساواة المال والربح سمى مفاوضة ﴿وأما شركة الوجوه﴾ تسمى شركة المفاليس وهو ان يشترك الرجلان بغير رأس مال على ان يشتريا بالنسيئة ويبيعا سميت بهذا الاسم على معنى ان رأس مالهما وجوههما فانه انما يباع في النسيئة ممن له فى الناس وجه * وشركة التقبل أن يشترك صانعان فى تقبل الاعمال كالخياطة والقصارة ونحو ذلك وتسمى شركة الابدان لانهما يعملان بابدانهما وشركة الصنائع لان رأس ما لهما صنعتهما ﴿وأما شركة العنان﴾ فهو ان يشترك الرجلان برأس مال يحضره كل واحد منهما ولا بد من ذلك اما عند العقد أو عند الشراء حتى ان الشركة لا تجوز برأس مال غائب أو دين . ولا يشترط لجواز هذه الشركة خلط المالين عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يشترط وهي رواية عن زفر . والاصل عنده ان شركة الملك أصل ثم شركة العقد تنبنى عليه قال لان الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق فى الملك والمعتبر فى كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة والصرف . فاذا خلطا المالين على وجه لا يمكن تمييز احدهما عن الآخر فقد ثبتت الشركة فى الملك فينبنى عليه شركة العقد فأما قبل الخلط فالشركة فى الملك لم تثبت حتى اذا هلك رأس مال احدهما كان هالكا عليه خاصة فلا تثبت شركة العقد لان معنى الاختلاط فيه لا يتحقق مقصوداً . وعندنا موجب شركة العقد الوكالة على معنى ان كل واحد منهما يكون وكيل صاحبه فى الشراء بالمال الذى عينه ولهذا شرطنا تعيين المال عند العقد أو عند الشراء لان الوكالة بالشراء بماله لا تصح الا به فانه بدون تعيين المال يكون الوكيل مشتريا بما في ذمته وهذا التوكيل صحيح بدون خلط المالين ومعنى الاختلاط الذى تقتضيه الشركة في المشترى بالمال والربح لا فى رأس المال وذلك ثابت بدون خلط وعلى هذا الاصل لو كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما

صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله * وكذلك ان كان رأس مال أحدهما بيضا والآخر سودا لان الشركة في الملك لا تثبت هنا حين كانا لا يختلطان وعلى الرواية التي شرط زفر الخلط جواب هذه الفصل ظاهر على مذهبه وأما على الرواية التي لا يشترط ذلك تقول في هذين الفصلين ربما يظهر الربح لاحدهما دون الآخر بتغيير سعر أحد النقدين وذلك تقتضيه الشركة وعندنا موجب هذا العقد الوكالة وذلك صحيح مع اختلاف النقدين فانهما لو صرحا بالوكالة بأن يشتري أحدهما بهذه الدراهم على ان يكون المشتري بينهما ويشتري الآخر بهذه الدنانير على أن يكون المشتري بينهما كان صحيحا * فكذلك تصح الشركة بهذه الصفة (فأما شركة المفاوضة) فهي جائزة عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى لا أعرف ما المفاوضة وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه ان كان في الدنيا عقد فاسد فهو المفاوضة وربما قال انه نوع من القمار فأما مالك رحمه الله فان كان لا يعرفها لغة فقد بينا اشتقاقها وان كان لا يعرفها شرعا فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تفاوضوا فانه أعظم للبركة وقال عليه الصلاة والسلام اذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة * وأما الشافعي رحمه الله فانه ينبني على مذهبه ان الاصل شركة الملك وما هو موجب المفاوضة قط لا يثبت باعتبار شركة الملك فلهذا أفسدها وقال لانها تتضمن الكفالة بالمجهول للمجهول فان كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بجهة التجارة والكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فبالمجهول أولى * والذي يقول انه ضرب من القمار فانما يدخل ذلك على مذهب الثوري لانه يقول اذا ورث أحدهما مالا يكون ذلك مشتركا بينهما ولسنا نقول بذلك فلا يدخل ذلك على مذهبنا * وحجتنا في ذلك ان هذه الشركة تتضمن الكفالة والوكالة وكل واحد منهما صحيح مقصودا فكذلك في ضمن الشركة فأما الجهالة بعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة سببا وذلك منعدم هنا لان كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه مالزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم ومثل هذا لا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشراء مجهول الجنس لا يصح مقصودا. ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك لان مايشتريه كل واحد منهما غير مسمى في العقد فكذلك المفاوضة . ومن شروط هذه العقد ان يتساويا في رأس المال ولا يختص أحدهما بملك مال يصلح ان يكون رأس ماله في الشركة من النقود وأن يتساويا في الربح فلا يشترط لاحدهما زيادة على صاحبه لما بينا أن قضية اللفظ المساواة ثم في ظاهر هذه الرواية تصح هذه الشركة

من غير خلط المالين والمالان لا يختلطان كالدراهم والدنانير والسود والبيض وزفر رحمه الله لا يجوز هذه الشركة بدون خلط المالين برواية واحدة (قال) لانه لو جاز لكان كل واحد منهما مختصاً بملك مال بعد عقد الشركة وذلك لا يجوز في هذا العقد (وقد) روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان هذه الشركة لا تجوز بمالين لا يختلطان لان المساواة شرط في هذا العقد والمساواة بين الدراهم والدنانير في المالية انما تكون بالتقويم وطريق ذلك الحزر والمساواة شرعا لا تثبت بهذا الطريق كالمساواة التي تشترط في مبادلة الأموال الربوية بجنسها وان كان رأس مال أحدهما بيضاً ورأس مال الآخر سوداً وبينهما تفاوت في الصرف لا يجوز هذا العقد في ظاهر الرواية لعدم المساواة (وذكر) اسماعيل بن حماد عن أبي يوسف رحمهم الله انه يجوز لانه لا قيمة للجودة في الأموال الربوية اذا قوبلت بجنسها وانما تعتبر المساواة في الوزن قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء * وروى الحسن عن أبي حنيفة ان المفاوضة لا تنعقد الا بلفظ المفاوضة حتى اذا لم يذكر لفظة المفاوضة كان عنانا عاماً * والعنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً . وتأويل هذا أن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكام المفاوضة فلا يتحقق منهما الرضا بحكم المفاوضة قبل علمهما به ويجعل تصريحهما بالمفاوضة قائما مقام ذلك كله فان كان المتعاقدان يعرفان أحكام المفاوضة صح العقد بينهما اذا ذكرا معنى المفاوضة وان لم يصرحا بلفظها لان المعتبر المعنى دون اللفظ ﴿ فأما شركة الوجوه ﴾ فهي صحيحة عندنا وباطلة عند الشافعي بناء على أصله أن الاصل شركة الملك وذلك لا يوجد في شركة الوجوه . وعندنا شركة العقد تصح باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشترى بينهما نصفين أو ثلاثا صحيح فكذلك الشركة التي تتضمن ذلك الا أن في هذا العقد لا يصح التفاضل في اشتراط الربح بعد التساوي في ملك المشترى لان الذي يشترط له الزيادة ليس له في نصيب صاحبه رأس مال ولا عمل ولا ضمان فاشتراط جزء من ذلك الربح له يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان أراد التفاوت في الربح فينبغي أن يشترط التفاوت في ملك المشترى بأن يكون لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان حتى يكون لكل واحد منهما الربح بقدر ملكه * وهذه الشركة عندنا تجوز عنانا ومفاوضة الا ان المفاوضة لا تكون الا باعتبار المساواة في المشترى والربح جميعاً ﴿ فأما شركة التقبل ﴾ فهي صحيحة عندنا ولا تصح عند الشافعي رحمه الله بناء على أصله ان شركة الملك أصل ولا يوجد

ذلك في هذه الشركة فان الخلط في العمل لا يتحقق . ولكنا نقول جواز الشركة باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بتقبل العمل صحيح فكذلك الشركة والناس تعاملوا بهذه الشركة وشركة الوجوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهو الاصل في جواز الشركة . ثم استحقاق الربح في طريق الشركة يكون بالمال تارة وبالعمل أخرى بدليل المضاربة فان رب المال يستحق نصيبه من الربح بماله والمضارب بعمله وذلك العقد شركة الاجارة بدليل أنها لا تلزم وانه لا يحتاج فيها الى بيان المدة فاذا صح عقد الشركة بين اثنين بالمال فكذلك يصح باعتبار العمل لان كل واحد منهما يستحق به الربح وسواء اتفقت الاعمال أو اختلفت عندنا . وقال زفر رحمه الله ان اتفقت الاعمال كالقصارين والصباغين اذا اشتركا يجوز واذا اختلفت بان يشترك قصار وصباغ لا تجوز الشركة لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذى يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة عند اختلاف الاعمال ولكنا نقول جواز هذه الشركة باعتبار الوكالة والتوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيده بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحاً (وهذا) النوع من الشركة قد يكون عناناً وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائط المفاوضة ومعنى هذا أنه متى كان مفاوضة فان كل واحد منهما مطالب بما يلتزمه صاحبه بحكم الكفالة ومتى كان عناناً فانما يطالب به من باشر السبب دون صاحبه كما هو حكم الوكالة (اذا) عرفنا هذا فنقول . بدأ الكتاب ببيان شركة العنان وأنهما كيف يكتبان كتاب هذه الشركة بينهما والشركة عقد يمتد فيستحب الكتاب في مثله ليكون حكما بينهما فيما يجرى من المنازعة قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) ثم المقصود بالكتاب التوثق والاحتياط فينبغى أن يكتب على أوثق الوجوه ويتحرز فيه من طعن كل طاعن ثم بدأ فقال (هذا ما اشترك عليه فلان وفلان) وبعض أصحاب الشروط عابوا عليه في هذا اللفظ فقال هذا إشارة الى الصك فالاحوط أن يكتب هذا كتاب فيه ذكر ما اشترك فلان وفلان ولكن محمداً رحمه الله اتبع الكتاب والسنة فيما اختار قال الله تعالى (هذا ما توعدون) وهو اشارة الى ما هو المقصود من الوعد للابرار والوعيد للفجار ولما اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أمر أن

يكتب هذا مااشترى محمد رسول الله من العدا بن خالد بن هوذة اليهودى (ولما) أمر صلى الله عليه وسلم بكتاب الصلح يوم الحديبية كتب علي رضى الله تعالى عنه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اصطلح محمد بن عبد الله وسهل بن عمرو علي أهل مكة * ثم قال (اشتركا على تقوى الله وأداء الامانة) فان هذا العقد عقد أمانة والمقصود تحصيل الربح وذلك بالتقوى وأداء الامانة يحصل (ثم يبين مقدار رأس مال كل واحد منهما) لان عند القسمة لا بد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فلا بد من إعلام ذلك فى كتاب الشركة ليرجعا اليه عند المنازعة * ثم قال (وذلك كله فى أيديهما) وهذه اشارة الى أن رأس المال ليس بغائب ولا دين بل هو عين في أيديهما * ومن الناس من شرط الخلط ومنهم من شرط أن يكون المال فى أيديهما جميعا فللتوثق يذكر ذلك ويذكر أنهما يشتريان به ويبيعان جميعا فى شئ ويعمل كل واحد منهما فيه برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة * وعندنا هذا يملكه كل واحد منهما بمطلق عقد الشركة الا أن من العلماء من يقول لا يملك كل واحد منهما ذلك مالم يصرحا به فى عقد الشركة فللتحرز عن قول هذه القائل يكتب هذا (ثم يذكر فما كان فيه من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك) ولا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف مقدار رأس المال باطل واشتراط الربح صحيح عندنا خلافا للشافعى رضي الله تعالى عنه على مانبينه وأما مكاتبة علي بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه قال الربح على مااشترطا والوضيعة على المال وانما يذكر هذا ليكون أبعد عن الاختلاف . ولكن انما يكتب هذا اذا كان الشرط بينهما هكذا ثم قال (اشتركا على ذلك في شهر كذا من سنة كذا) وانما بتبيين التاريخ تنقطع المنازعة حتى لا يدعى احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه قبل هذا التاريخ (وكتب) التاريخ في زمن عمر رضى الله تعالي عنه فانه شاور الصحابة رضوان الله عليهم في التاريخ من أى وقت يعتبرونه فنهم من قال من مولد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنهم من قال من وقت مبعثه ومنهم من قال من وقت موته ثم اتفقوا على التاريخ من وقت الهجرة وهو المعروف الذى يتعامل عليه الناس الى يومنا هذا قال (ولا يجوز أن يفضل احدهما صاحبه فى الربح لافى المال العين أو العمل بأيديهما أو فى الذى ليس فيه شراء شئ بتأخير فأما فى المال العين اذا تساويا فى رأس المال واشترطا ان يكون الربح بينهما أثلاثا أو تفاوتا في رأس المال فكان لاحدهما الف وللآخر ألفان واشترطا أن يكون الربح بينهما نصفين يجوز عندنا وعلى قول زفر

والشافعي رحمهما الله تعالى لايجوز. أما عند الشافعي رحمه الله تعالى فلان شركة الملك على مذهبه أصل وفي شركة الملك لايجوز أن يستحق أحدهما شيئاً من ربح ملك صاحبه فكذلك في شركة العقد* واعتبر الربح بالوضيعة فهي بينهما على قدر رؤس أموالهما واشتراطهما خلاف ذلك باطل فكذلك الربح ولكنا نقول استحقاق الربح بالشرط فانما يستحق كل واحد منهما بقدر ماشرط له لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم *ثم جواز هذا العقد لحاجة الناس أليه والحاجة ماسة الى هذا الشرط فقد يكون أحدهما أحذق من الآخر في وجوه التجارة فلا يرضى بأن يساويه صاحبه في استحقاق الربح مع حذاقته وخرق صاحبه*ثم الربح يستحق بالعمل بدون المال وهو في المضاربة فبالعمل مع المال أولي (ثم) الوضيعة هلاك جزء من المال. وكل واحد منهما أمين فيما في يده من مال صاحبه واشتراط الضمان على الامين باطل ألا ترى ان في المضاربة لا يجوز اشتراط شيء من الوضيعة علي المضارب ولهذا يقول زفر رحمه الله ان التساوي في الربح مع التفاضل في رأس المال لا يجوز هنا لانه لو جاز انما يجوز بالقياس علي المضاربة علي معنى ان صاحب الالفين يشترط جزأ من الربح للآخر بعمله فيه ومثل هذا في المضاربة لايجوز لان المال في أيديهما هنا والعمل مشروط عليهما وفي المضاربة لو شرط العمل على رب المال أو كون المال في يده لا يجوز ولكنا نقول موجب المضاربة التخلية بين المضارب وبين رأس المال فيكون أمينا عاملا فيه وذلك ينعدم بهذا الشرط. فأما موجب الشركة ليس هو التخلية بين احدهما والمال فهذا الشرط لا يؤدي الى ابطال موجب الشركة (ثم) حكم المضاربة هنا ثبت تبعا للشركة وقد يثبت الشيء حكما على وجه لا يجوز اثباته قصداً كالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة* وكذلك في العمل بأيديهما يجوز شرط التفاضل في الربح عندنا للحاجة الى ذلك فقد يكون أحدهما أحذق في العمل من الآخر* فأما قوله أو في الذي ليس فيه شراء شيء بتأخير فهو اشارة الى شركة الوجوه فان التفاضل في الربح هناك لا يجوز عند اشتراط التساوي في ملك المشترى لان ذلك ربح ما لم يضمن وقد بينا ذلك * قال (والشريكان في العمل اذا غاب أحدهما أو مرض أو لم يعمل وعمل الآخر فالربح بينهما على ما اشترطا) لما روى ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنا أعمل في السوق ولي شريك يصلي في المسجد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك بركتك منه. والمعنى ان استحقاق الأجر بتقبل العمل دون مباشرته والتقبل كان

منهما وان باشر العمل أحدهما. ألا ترى ان المضارب اذا استعان برب المال فى بعض العمل كان الربح بينهما على الشرط . أولا ترى أن الشريكين فى العمل يستويان فى الربح وهما لا يستطيعان ان يعملا على وجه يكونان فيه سواء وربما يشترط لاحدهما زيادة ربح لحذاقته وان كان الآخر أكثر عملا منه فكذلك يكون الربح بينهما على الشرط ما بقى العقد بينهما وان كان المباشر للعمل احدهما ويستوى ان امتنع الاخر من العمل بعذر أو بغير عذر لان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه من العمل واستحقاق الربح بالشرط فى العقد * قال (وان جاء أحدهما بألف درهم والآخر بألفى درهم فاشتركا على أن الربح والوضيعة نصفان فهذه شركة فاسدة) ومراده ان شرط الوضيعة نصفين فاسد لان الوضيعة هلاك جزء من المال فكأن صاحب الالفين شرط ضمان شئ مما يهلك من ماله على صاحبه وشرط الضمان على الالفين فاسد ولكن لا يبطل بهذا أصل العقد لان جواز الشركة باعتبار الوكالة والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما تفسد الشروط وتبقى الوكالة فكذا هذا فان عملا على هذا فوضعا فالوضيعة على قدر رؤس أموالهما لان الشرط بخلافه كان باطلا وان ربحا فالربح على ما اشترطا لان أصل العقد كان صحيحا واستحقاق الربح بالشرط فى العقد فكان بينهما على ما اشترطا * وان اشترطا الربح والوضيعة على قدر رأس المال والعمل من احدهما بعينه كان ذلك جائزا لان العامل منهما معين لصاحبه فى العمل له فى ماله حين لم يشترط لنفسه شيئا من ربح مال صاحبه فهو كالمستبضع فى مال صاحبه (وان) اشترطا الربح نصفين والوضيعة على رأس المال والعمل عليهما جاز ذلك لان صاحب الالف شرط لنفسه جزأ من ربح مال صاحبه وهو السدس بعمله فيه فيكون فى معنى المضارب له الا أن معنى المضاربة تبع لمعنى الشركة والمعتبر موجب الاصل دون التبع فلهذا لا يضرهما اشتراط العمل عليهما * فان عملا أو عمل احدهما فالربح على ما اشترطا لان الاستحقاق بعد صحة العقد بالشرط لا بنفس العمل وقد كان العمل مشروطا عليهما فلا يضرهما تفرد أحدهما باقامة العمل * وكذلك ان اشترطا العمل على صاحب الالف ووجه الجواز هنا أبين لان صاحب الالفين دفع اليه ماله ليعمل فيه بسدس الربح فان المشروط له نصف الربح ثلث الربح حصة رأس ماله وسدسه الى تمام النصف يستحق من مال صاحبه بعمله فيه واشتراط العمل على المضارب يصحح المضاربة ولا يبطلها ﴿ فان قيل ﴾ اذا كان يعمل هو فى شئ شريك فكيف يستوجب عوض

عمله على شريكه ﴿ قلنا ﴾ استحقاق الربح بطريق الشركة لا بطريق الاجارة ولهذا لا يشترط فيه تسمية مقدار العمل ولا بيان المدة والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر لان استحقاق الأجر بنفس العمل فاذاً العامل فيما هو شريك فيه يستحق الربح بالشرط في عقد صحيح *وان اشترطا العمل على صاحب الالفين لم تجز الشركة لان العامل شرط لصاحبه جزأ من ربح ماله من غير أن يكون له فيه رأس مال أو عمل وذلك باطل فان استحقاق الربح باعتبار العمل والمال أو العمل أو الضمان ولم يوجد شيء من ذلك لصاحب الالف في مال صاحب الالفين فكان اشتراطه جزأ من الربح له باطلا والربح بينهما على قدر رؤس أموالهما لان العامل لم يطمع في شيء من ربح مال صاحب الالفين حين لم يشترط شيئاً من ذلك لنفسه *قال (واذا أقعد الصانع معه رجلا في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف فهو فاسد في القياس) لان رأس مال صاحب الدكان منفعة والمنافع لا تصلح أن تجعل رأس مال في الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول والجهالة تفسد عقد الاجارة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول الا انه استحسن فاجاز هذا لكونه متعاملا بين الناس من غير نكير منكر وفي نزع الناس عما تعاملوا به نوع حرج فلدفع هذا الحرج يجوز هذا العقد اذ ليس فيه نص يبطله ولان بالناس حاجة الى هذا العقد فالعامل قد يدخل بلدة لا يعرفه أهلها ولا يأمنونه على متاعهم وانما يأمنون على متاعهم صاحب الدكان الذى يعرفونه وصاحب الدكان لا يتبرع بمثل هذا على العامل في العادة ففي تصحيح هذا العقد تحصيل مقصود كل واحد منهما لان العامل يصل الى عوض عمله والناس يصلون الى منفعة عمله وصاحب الدكان يصل الى عوض منفعة دكانه فيجوز العقد ويطيب الفضل لرب الدكان لانه أقعده في دكانه واعانه بمتاعه وربما يقيم بعض العمل أيضاً كالخياط يتقبل المتاع ويلي قطعه ثم يدفعه الي آخر بالنصف فلهذا يطيب له الفضل وجواز هذه العقد لجواز عقد السلم فان الشرع رخص فيه لحاجة الناس اليه* قال (ولا تصح الشركة بالعروض) واعلم بأن الشركة بالنقود من الدراهم والدنانير جائزة ولا تجوز الشركة بالتبر في ظاهر المذهب وقد ذكر في كتاب الصرف أن من اشتري بتبر بعينه شيئاً فهلك قبل القبض لا يبطل العقد فقد جعل التبر كالنقود حتى قال لا يتعين بالتعيين فالحاصل أن هذا يختلف باختلاف العرف في كل

موضع فان كانت المبايعات بين الناس في بلدة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالتعيين ويجوز الشركة به وان لم يكن في ذلك عرف ظاهر فهو كالعروض لا تجوز الشركة به فان كان التعيين مفيدا فيه فهو معتبر وان لم يكن مفيداً لا يعتبر كتعين الصنجات والقمات ﴿ فأما الشركة بالفلوس ﴾ ان كانت نافعة لاتجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وتجوز في قول محمد رحمه الله (وذكر) الكرخي في كتابه أن قول أبي يوسف كقول محمد رحمهما الله والاصح ما قلنا وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع اذا باع قلنا تعيينه بفلسين باعيانها يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وتعين الفلوس بالتعيين بمنزلة الجوز والبيض وعند محمد رحمه الله لا يجوز ولا تتعين الفلوس الرائجة بالتعيين كالنقود . فكذلك في حكم الشركة محمد رحمه الله يقول هي بمنزلة النقود ما دامت رائجة وهما يقولان الرواج في الفلوس عارض في اصطلاح الناس وذلك يتبدل ساعة فساعة فلو جوزنا الشركة بها أدى الى جهالة رأس المال عند قسمة الربح اذا كسدت الفلوس وأخذ الناس غيرها لان رأس المال عند قسمة الربح يحصل باعتبار المالية لا باعتبار العدد ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد (وروى) الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ان المضاربة بالفلوس الرائجة تصح وقال أبو يوسف رحمه الله لاتصح الشركة بها ولا تصح المضاربة وفرق بينهما فقال في المضاربة يحصل رأس المال أولا ليظهر الربح والفلوس ربما تكسد فلا تعرف ماليتها بعد الكساد إلا بالحزر والظن ولا وجه لا عتبار العدد لما فيه من الاضرار بصاحب المال فأما في الشركة اذا كسدت الفلوس يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما باعتبار العدد لان حالهما فيه سواء فلا يختص أحدهما بالضرر دون الآخر (فأما) الشركة بالعروض من الدواب والثياب والعبيد لا تصح عندنا وعلى قول ابن أبي ليلى ومالك رحمهما الله هي صحيحة للتعامل وحاجة الناس الى ذلك ولاعتبار شركة العقد بشركة الملك . وفي الكتاب علل للفساد فقال لان رأس المال مجهول يريد به أن العروض ليست من ذوات الأمثال وعند القسمة لابد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فاذا كان رأس مالهما من العروض فتحصيله عند القسمة يكون باعتبار القيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن ولا يثبت التيقن به . ثم الشركة مختصة برأس مال يكون أول التصرف به بعد العقد شراء لا بيعاً وفي العروض أول التصرف يكون بيعاً وكل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه ببيع متاعه على أن يكون له بعض

ربحه وذلك لا يجوز وقد بينا ان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة فكذلك الشركة ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أميناً فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن والوكيل بالشراء يكون ضامناً للثمن في ذمته فاذا شرط له نصف الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن ولان في الشركة بالعروض ربما يظهر الربح في ملك أحدهما من غير تصرف بتغير السعر فلو جاز استحق الآخر حصته من ذلك الربح من غير ضمان له فيه وربما يخسر أحدهما بتراجع سعر عروضه ويربح الآخر فلهذه المعاني بطلت الشركة بالعروض * فان باعا العروض بثمن واحد قسما الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم باعه لان كل واحد منهما تابع لملكه والمسمى من الثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العروض فيقسم عليهما باعتبار القيمة ولكل واحد منهما حصة عرضه لان الشركة لما فسدت كأنها لم تكن (وكذلك) لا يصح أن يكون رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضا في مفاوضة ولا عنان لجهالة رأس المال في نصيب صاحب العروض على ما بينا * قال (وان اشتركا في مكيل أو موزون أو معدود متفق في المقدار والصفة فان لم يخلطاه فليسا بشريكين ولكل واحد منهما متاعه له ربحه وعليه وضيعته) لان هذه الاشياء بمنزلة العروض وتستحق أعيانها بالعقد وأول التصرف فيها بعد الشركة يكون بيعاً لا شراء فكانت كالعروض لا تجوز الشركة بها وان خلطاه فهو بينهما وما ربحا فيه فلهما وما وضعا فيه فعليهما وهذا ظاهر لان الخلط حصل بفعلهما فالمخلوط يكون مشتركا بينهما على قدر ملكهما وقد كان ملكهما سواء فالربح والوضيعة بعد البيع يكون بينهما على ذلك ولم يذكر في الكتاب ان الشركة بينهما بعد الخلط تكون شركة ملك أو شركة عقد وذكر في النوادر أن على قول أبي يوسف رحمه الله الشركة بينهما شركة ملك وعند محمد رحمه الله تكون شركة عقد وفائدة هذا الخلاف فيما أنهما اذا اشترطا من الربح لاحدهما زيادة على نصيبه عند أبي يوسف رحمه الله لا يستحق ذلك بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح بينهما على ما اشترطا * محمد يقول المكيل والموزون عرض من وجه ثمن من وجه . ألا ترى ان الشراء بهما دينا في الذمة صحيح فكان ثمنا وان بيع عينهما صحيح فكانت مبيعة وما تردد بين الاصلين يوفر حظه عليهما فلشبههما بالعروض قلنا لا تجوز الشركة بهما قبل الخلط ولشبههما بالاثمان قلنا تجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان باعتبار الشبهين تضعف

اضافة عقد الشركة اليهما فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة الملك لا محالة فيتأكد به شركة العقد لا محالة وأبو يوسف رحمه الله يقول مايصلح أن يكون رأس مال فى الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط كالنقود فكذلك ما لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط. وهذا لان قبل الخلط انما يجوز شركة العقد بها لانها متعينة فتعين رأس المال لا بد منه فى عقد الشركة واعيانها مبيعة وأول التصرف بها يكون بيعا وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد تقرراً بالخلط لان الخلط لا يتقرر الا في معين والمخلوط المشترك لا يكون إلا معيناً فتقرر المعنى المفسد لا يكون مصححاً للعقد والذى يقال لمحمد ان تحصيل رأس المال عند القسمة هنا ممكن لانها من ذوات الأمثال يشكل بما قبل الخلط فان هذا المعنى موجود فيه ومع ذلك لا يثبت بينهما شركة العقد وكذلك يشكل بما اذا كان رأس مال أحدهما حنطة ورأس مال الآخر شعيراً فالشركة لا تصح هنا بينهما خلطاه أو لم يخلطاه ورأس مال كل واحد منهما من ذوات الأمثال يمكن تحصيله عند قسمة الربح ولكن محمد رحمه الله يفرق ويقول عقد الشركة انما يثبت بعد الخلط باعتبار المخلوط فعند اختلاف الجنس المخلوط ليس من ذوات الامثال ألا ترى ان من أتلف هذا المخلوط كان عليه قيمته وان لم يكن من ذوات الامثال كان بمنزلة العروض وأما اذا كان الجنس واحداً فالمخلوط من ذوات الأمثال حتى أن من أتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل (ثم) عند اختلاف الجنس اذا باعا المخلوط فالثمن بينهما على قدر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه مخلوطا لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل واحد منهما وملك كل واحد منهما كان معلوم القيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة ولكن مخلوطاً لانه دخل في البيع بهذه الصفة واستحقاق الثمن بالبيع فتعتبر صفة ملك كل واحد منهما حين دخل فى البيع فان كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط ومعنى هذا ان قيمة الشعير تزداد اذا خلطاه بالحنطة وقيمة الحنطة تنتقص فصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمة حنطته مخلوطة بالشعير لان النقصان حصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند البيع ناقص فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسى فى الفصلين

جميعاً فقال قوله في الفصل الأول انه يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح انه يقسم الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم وقع البيع لان استحقاق الثمن بالبيع وانما يقسم الثمن على القيمة وقت البيع . ألا ترى انهما لو لم يخلطا ولكن باعا الكل جملة فقسمة الثمن تكون على القيمة وقت البيع فكذلك بعد الخلط الا أن يكون تأويل المسئلة أن تكون قيمته وقت الخلط والقسمة والبيع سواء (قال) الشيخ الامام الأجل رحمه الله تعالى وعندي أن ماذكره صحيح لان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله مما يباع في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع في الاسواق حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل واحد منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة كل واحد منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضامن لنصيب شريكه معتبرا بوقت الولادة لتعذر امكان معرفة القيمة وقت العتق لكونه مختبئا في البطن فيصار الى تقويمه في أول الحال الذى يمكن معرفة القيمة فيه وهو بعد الولادة فكذلك هنا يصار الى معرفة قيمة ملك كل واحد منهما في أول أوقات الامكان وهو عند الخلط الا أنه اذا علم ان الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان ملك الآخر فتعتبر القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل واحد منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل واحد منهما بعد الخلط كالباقي في المثل الى وقت القسمة فيقسم الثمن على ماهو حق كل واحد منهما بخلاف ما اذا لم يخلطه لان تقويم ملك كل واحد منهما وقت البيع (قال) فان كان لاحدهما ألف درهم وللآخر مائة دينار فخلطا أو لم يخلطا فهما سواء لانهما لا يختلطان وقد بينا أن خلط المالين في النقود ليس بشرط لصحة عقد الشركة فايهما هلك هلك من مال صاحبه لانه بقي على ملكه بعد عقد الشركة وكل واحد منهما أمين في رأس مال صاحبه سواء هلك في يده أو في يد صاحبه يكون هلاكه عليه ثم الشركة تبطل بهلاك أحد المالين لان المقصود بالشركة التصرف بها لا عينها فاذا اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود ما لو اقترن بالعقد كان مانعا من العقد فكذلك اذا اعترض يكون مبطلا كالتخمر في العصير المشترى قبل القبض والكساد في الفلوس وانعدام رأس المال لاحدهما لو اقترن بالعقد كان مانعا فكذا اذا اعترض والمشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه خاصة هكذا يقول في

بعض المواضع وفى بعض المواضع يقول اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشترى بينهما نصفين ويرجع المشترى على صاحبه بنصف ما نقد من الثمن. وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال يكون الباقى مشتريا لنفسه خاصة وضع المسالة فيما اذا أطلقا الشركة فيكون المشترى بمال أحدهما مشتركا بينهما عند الاطلاق من قضية عقد الشركة وقد بطلت بهلاك مال أحدهما فيكون الآخر مشتريا لنفسه وحيث قال المشترى بمال آخر لا بينهما وضع المسألة فيما اذا صرحا عند عقد الشركة على أن ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما وعند هذا التصريح الشركة فى المشترى من قضية الوكالة لان كل واحد منهما قد وكل صاحبه بالشراء بماله نصا على ان يكون نصف المشترى له والشركة وان بطلت بهلاك أحد المالين فالوكالة باقية فلهذا كان المشترى بينهما نصفين ويرجع المشترى على صاحبه بنصف الثمن لانه اشترى له النصف بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه. واذا تأملت موضوع المسألة فى كل موضع يتبين لك صحة الجواب من غير حاجة الى الفرق ومن غير تناقض فى الجواب قال (فان اشتريا متاعا على المال فنقدا الثمن من الدراهم ثم هلكت الدنانير فانها تهلك من مال صاحبها خاصة) لبقائها على ملكه بعد الشراء بالدراهم والمشترى بالدراهم بينهما على قدر رؤس أموالهما لان الشركة كانت قائمة بينهما حين اشتريا بالدراهم وصار المشترى مشتركا بينهما فلا يتغير ذلك بهلاك الدنانير بعد ذلك ولكن يرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير من ثمن المتاع بقدر حصته من المتاع لانه اشترى ذلك القدر له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وانما رضي بذلك على أن يشترى الآخر بالدنانير لهما وينقد الثمن من مال نفسه فاذا فات ذلك رجع بما نقد من ثمن حصته من دراهمه (ثم) لم يذكر ان شركتهما فى المتاع المشترى شركة عقد أو شركة ملك وفيه اختلاف بين محمد والحسن رحمهما الله تعالى فعند محمد هى شركة عقد حتى اذا باعه أحدهما نفذ بيعه فى الكل وعند الحسن رحمه الله هى شركة ملك حتى لا ينفذ بيع أحدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك الدنانير كما لو هلكت قبل الشراء بالدراهم وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما فى المتاع شركة ملك . وجه قول محمد رحمه الله ان هلاك الدنانير كان بعد حصول ما هو المقصود بالدراهم وهو الشراء بها فلا يكون مبطلا شركة العقد بينهما فى ذلك كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعاً . قال (فان اشتريا

بالدراهم والدنانير جميعاً متاعا فالمتاع بينهما على قدر رؤس أموالهما)والحاصل ان فى شرط الربح يعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت عقد الشركة وفى وقوع الملك للمشترى يعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت الشراء وفى ظهور الربح في نصيبهما أو فى نصيب أحدهما يعتبر قيمة رأس المال وقت القسمة لانه ما لم يحصل رأس المال لا يظهر الربح وقد بينا هذا فيما أمليناه من شرح الجامع. قال(وان اشتريا بالالف متاعا ثم اشتريا بعد ذلك بالدنانير متاعا فوضعا فى احد المتاعين وربحا فى الآخر فذلك بينهما على قدر رؤس أموالهما) لان الوضيعة هلاك جزء من المال والربح كالمال فيكون على قدر رأس المال ما لم يغير ذلك بشرط صحيح (وكذلك) رجلان اشتريا متاعا بألف درهم وكر حنطة على ان لاحدهما من المتاع بحصة الالف وللآخر بحصة الكر ودفعا الثمن فهذا الشرط معتبر لمقتضى مطلق السبب لان كل واحد منهما فى الشراء يكون عاملا لنفسه وانما يملك من المبدل بقدر ما نقده من البدل (وكذلك) لو اشتريا متاعا بكر حنطة وكر شعير فكال أحدهما كر حنطة على ان له من المتاع بحصته وكال الآخر الشعير على ان له من المتاع بحصته ثم باعا ذلك بدراهم فانهما يقتسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان * وكذلك كل ما يكال أو يوزن. قال عيسى رحمه الله هذا غلط والصواب ان يقتسما ذلك على القيمة يوم الشراء لما بينا ان فى وقوع الملك فى المشترى يعتبر قيمة مال كل واحد منهما يوم الشراء فانما يملك كل واحد منهما من المتاع المشترى بقدر رأس ماله عند الشراء ثم اذا باع ذلك فثمن حصة كل واحد منهما يكون له كما فى العروض لو اشتريا متاعا بعرضين أحضراهما لكل واحد منهما عرض ثم باعا ذلك المتاع بدراهم اقتسما الثمن على قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء بها الا أن يكون تأويل المسألة انهما باعا المتاع مرابحة فحينئذ الثمن فى بيع المرابحة مبنى على الثمن الأول على قدر الملك فيقسم الثمن بينهما على قدر قيمة رأس مالهما وقت القسمة بخلاف العروض فان المشترى بالعروض لا يجوز بيعه مرابحة انما يجوز بيع المرابحة فى المشترى بمال مثل من جنسه فكانت القسمة على قدر قيمة العروض وقت الشراء بها. ولكن هذا التأويل بعيد فانه قال ثم باعا ذلك بدراهم . وقد نص على حكم بيع المرابحة بعد هذا فقال (اذا اشتريا بالمكيل والموزون وباعاه مرابحة استوفى كل واحد منهما رأس ماله الذى كاله أو وزنه ثم اقتسما الربح على قيمة رأس مال كل واحد منهما ان باعاه مرابحة بمال مسمى وان باعاه بربح

عشرة أحد عشر كان لكل واحد منهما رأس ماله وحصته من الربح على ما باعا لانهما اذا باعا بربح عشرة أحد عشر فالربح من جنس أصل رأس المال بصفته واذا باعاه مرابحة بمال مسمى فالربح مبنى على الثمن الأول فيقسم على قيمة رأس مال كل واحد منهما بيان هذا فيما قال فى كتاب المضاربة لو اشترى شيئاً بالف درهم نقد بيت المال ثم باعه مرابحة بربح مائة درهم فالربح الغلة ولو باعه بربح عشرة أحد عشر فالربح من نقد بيت المال كاصل الثمن وبهذا الفصل يتبين ضعف التأويل الذى قلنا فى مسئلة الطعن فانه قال هناك يقتسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان فاعتبر فى جميع ذلك الثمن دون الربح * قال الشيخ الامام رحمه الله والذى تخايل لى بعد التأمل فى تصحيح جواب الكتاب انه بنى على قول محمد رحمه الله ان شركة العقد بالمكيل والموزون ثبتت عند خلط المال وقد بينا هذا الا ان الخلط اذا كان فى أصل رأس المال يختلف الجواب باتحاد الجنس وخلاف الجنس لان تمام الاختلاط عند اتحاد الجنس فاما الخلط هنا باعتبار المشتري والمشترى مختلط بينهما سواء اتفق جنس رأس المال أو اختلف فكان المشترى مشتركا بينهما شركة عقد ورأس مال كل واحد منهما ما أداه وهو من ذوات الامثال فيجب تحصيله عند القسمة فلهذا قال يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان بخلاف العروض فان شركة العقد لا تثبت بالعروض بحال ولا يكون حق كل واحد منهما في مثل عرضه لانه لا مثل له فكان المعتبر قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء . قال (ولو أن رجلا أعطى رجلا دنانير مضاربة فعمل بها ثم أرادا القسمة كان لرب المال أن يستوفي دنانيره أو يأخذ من المال بقيمتها يوم يقتسمون) لان المضارب شريك فى الربح ولا يظهر الربح الا بعد وصول كمال رأس المال الى رب المال اما باعتبار العين أو باعتبار القيمة وقد بينا فى اظهار الربح ان المعتبر قيمة رأس المال فى وقت القسمة . وانما أورد فصل المضاربة لايضاح ما أشار اليه فى الشركة قال (وينبغى لمن خالف ذلك أن يقول يأخذ قيمتها يوم أعطاه ولم يبين من المخالف قبل المخالف) زفر رحمه الله قال لا يجوز شركة العقد بالدراهم والدنانير لاختلاف جنس رأس المال وانما يكون لكل واحد من ملك المشترى بقدر ما أعطى من ماله فلهذا يعتبر قيمة كل واحد منهما وقت الاعطاء * وفى النوادر لو دفع الى رجل ألف درهم على أن يعمل بها على ان له ربحها وعليه الوضيعة فهلكت قبل الشراء فالقابض ضامن لها لان المعطى مقرض المال منه حين شرط

ان الربح كله له والوضيعة عليه فهو اشارة الا انه يعمل بها لنفسه وذلك لا يكون الا بعد الاقراض والقبض بحكم القرض قبض ضمان. ولو قال اعمل بها على ان الربح بيننا والوضيعة بيننا فهلكت قبل أن يعمل بها فلا ضمان عليه في قول أبي يوسف لانه أمره بالعمل بها علي وجه الشركة والمال أمانة في يد الشريك وثبوت حكم القرض فى النصف هنا بمقتضى الشراء لانه في النصف يصير مشتريا لنفسه فما ينقد فيه الثمن يكون قرضاً عليه فلا يثبت ذلك قبل الشراء وعند محمد رحمه الله هذا والأول سواء فاذا هلكت قبل الشراء بها فعليه ضمان نصفها للمعطى اعتبارا للجزء بالكل وهذا لانه شرط الوضيعة عليه فى النصف وذلك لايكون الا بطريق الاقراض فان المضارب ليس عليه من الوضيعة شئ فجعلناه مقرضا نصف المال منه وضمان القرض يثبت بالقرض . قال(واذا جاء كل واحد منهما بالف درهم فاشتركا بها وخلطاها كان ما هلك منهما هالكا منهما وما بقي فهو بينهما) لان المخلوط مشترك بينهما وما يهلك من المال المشترك يهلك علي الشركة اذ ليس صرف الهالك الى نصيب أحدهما بأولى من صرفه الى نصيب الآخر الا أن يعرف شئ من الهالك أو الباقى من مال أحدهما بعينه فيكون ذلك له وعليه لان الاختلاط فى ذلك القدر لم يتحقق. وانما يعرف ذلك بان يكون مال أحدهما صحاحاً والآخر مكسوراً فما كان باقيا من الصحاح يعلم انه ملك صاحبها والحال فى هذا قبل الاختلاط وبعده سواء فأما اذا لم يعرف فانه يجعل الهالك والقائم بينهما علي قدر ما اختلط من رؤس أموالهما ليتحقق الاختلاط في ذلك . قال(واذا اشتركا بغير رأس مال علي ان ما اشتريا من الرقيق بينهما فهذا جائز) وهذا يفسد شركة الوجوه فى الرقيق خاصة وقد بينا أن شركة الوجوه تكون مفاوضة تارة وعناناً أخرى والعنان منها يكون عاماً وخاصاً كالعنان في الشركة بالمال وهذا لان جوازها باعتبار الوكالة والتوكيل بشراء نوع خاص صحيح * وكذلك لو قالا فى هذا الشهر لانه توقيت فى التوكيل والوكالة تقبل التخصيص فى الوقت والعمل جميعا قال(فان قال أحدهما قد اشتريت متاعاً فهلك منى وطالب شريكه بنصف ثمنه لم يصدق علي شريكه بذلك القدر) لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والوكيل بالشراء اذا لم يكن الثمن مدفوعا اليه فقال اشتريته وهلك فى يدى لا يصدق في الزام الثمن في ذمة الموكل بخلاف ما اذا كان الثمن مدفوعا اليه لان الوكيل أمين فيقبل قوله فى براءته عن الضمان ولا يقبل قوله فى الزام الدين لنفسه فى ذمة الموكل لانه

فى ذلك غير أمين ولكن اذا دخل فى ملكه ظاهراً مثل ما لزمه صح الزامه اياه وذلك بمباشرة الشراء لا باقراره فكذلك هنا كل واحد منهما في مباشرة الشراء يلزم ذمة صاحبه مثل ما يدخله فى ملكه ظاهراً فاما فى الاقرار لا يدخل شيئا فى ملك شريكه ظاهراً فلا يصدق فى الزام شئ فى ذمته والقول قول الشريك لانكاره بعد أن يحلف وانما يحلف على العلم لانه استحلاف على فعل الغير وهو شراء المدعى والحلف على فعل الغير يكون على العلم كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث القسامة يحلف لكم اليهود خمسين يمينا بالله ماقتلوه ولا علموا له قاتلا. قال (وان أقام البينة على الشراء والقبض ثم ادعى هلاك المتاع فالقول قوله مع يمينه على الهلاك) لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ثم هو أمين فى المقبوض من نصيب صاحبه فيكون القول قوله فى الهلاك مع يمينه ويتبع شريكه في نصف الثمن لان هلاك المشترى في يد الوكيل اذا لم يمنعه من الموكل كهلاكه في يد الموكل* وكذلك اذا اشتريا متاعا وقبضاه ثم قبضه أحدهما ليبيعه وقال قد هلك فهو مصدق مع يمينه لانه وكيل بالبيع فى نصف صاحبه والوكيل بالبيع أمين فيما في يده فالقول في هلاكه قوله مع يمينه. قال (واذا اشتركا بغير مال على ان ما اشترياه من شئ فهو بينهما نصفين ولاحدهما بعينه ثلثا الربح وللآخر الثلث فالشركة جائزة والشرط باطل) لان أحدهما شرط لنفسه جزأ من ربح ملك صاحبه وهو غير ضامن لشئ من نصيب صاحبه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن ولكن أصل الشركة لا تبطل بالشرط الفاسد فيجوز بيع كل واحد منهما فيما اشترى والربح بينهما نصفين على قدر ملكهما في المشترى. قال (واذا اشتركا شركة عنان بأموالهما أو بوجوههما فاشترى أحدهما متاعا فقال الشريك الذى لم يشتره هو من شركتنا وقال المشترى هو لى خاصة وانما اشتريته بمالى لنفسى قبل الشركة فالقول قول المشترى) لان الظاهر شاهد له والاصل أن يكون كل أحد عاملا لنفسه مالم يقم دليل على عمله لغيره ولان سبب الملك له في المشترى ظاهر والآخر يدعى استحقاق بعض مافي يده عليه فكان القول قول المنكر مع يمينه بالله ماهو من شركتنا *(فان قيل)* قيام عقد الشركة بينهما فى هذا النوع دليل ظاهر على ان المشترى بينهما فهو في قوله اشتريته قبل عقد الشركة يدعى لنفسه تاريخا سابقا فى الشراء ومثل هذا التاريخ لا يثبت الا بحجة *(قلنا)* نعم هذا نوع ظاهر يشهد للآخر ولكن الظاهر

حجة لدفع الاستحقاق فلا يثبت الاستحقاق بها وحاجة الآخر الى اثبات الاستحقاق فلا يكفيه الظاهر لذلك فأما حاجة المشترى الى دفع الاستحقاق للآخر عما فى يده فالظاهر يكفيه لذلك. قال (رجل أمر رجلا أن يشترى عبدا بعينه بينه وبينه فقال المأمور نعم ثم ذهب فاشتراه وأشهد أنه يشتريه لنفسه خاصة فالعبد بينهما على الشركة) لانه وكيل من جهة الآخر في شراء نصف العبد له والوكيل لايعزل نفسه بغير محضر من الموكل كما ان الموكل لا يعزل وكيله بغير علم منه لما فى فعل كل واحد منهما من الالزام في حق صاحبه وذلك لا يثبت بدون علمه كخطاب الشرع لا يلزم المخاطب مالم يعلم به ولانه قصد عزل نفسه هنا فى امتثال أمر الآمر فانما عزله فى مخالفته أمره لكيلا ينفذ تصرفه عليه فأما فى امتثال أمره لا يمكنه أن يعزل نفسه. وعلى هذا اذا اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع أحدهما الخروج عن الشركة الا بمحضر من صاحبه لان كل واحد منهما وكيل لصاحبه * ولو أشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآمر فكذلك في الشركة. قال (رجل أمر رجلا أن يشترى له عبدا بعينه بينه وبين المأمور فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بينى وبينك فقال المأمور نعم ثم ذهب المأمور فاشترى العبد فالعبد بين الآمرين نصفين ولا شئ للمشترى فيه) لان الآمر الأول وكله بشراء نصفه له وقد تمت الوكالة بقبوله وصار بحال لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك لا يملك شراءه لانسان آخر لانه انما يملك الشراء لغيره باذنه فيما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثانى بأن يشترى العبد بينه وبينه فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف هذا النصف الى النصف الآخر غير النصف الذى قبل الوكالة فيه من الأول وهذا لانه وان ذكر كل النصف مطلقا ولكن مقصودهما تصحيح هذا التصرف ولا يمكن تصحيحه إلا أن يتعين فى الوكالة من الثانى النصف الآخر وهو نظير عبد بين شريكين باع أحدهما نصفه مطلقا ينصرف بيعه الي حصته خاصة فهنا أيضاً ينصرف توكيل الثانى الى النصف الآخر خاصة فلهذا يجعل مشترياً نصفه لكل واحد منهما بوكالته وخرج من البين. قال (رجل اشترى عبداً وقبضه فطلب اليه رجل آخر الشركة فأشركه فيه فله نصفه) لان الاشراك تمليك نصف ما ملك بمثل الثمن الذي ملكه به ولو ملكه منه جميع ما ملك بعد ما قبضه بأن ولاه البيع كان صحيحاً فكذلك اذا ملكه نصفه. وبيان

هذا ان مطلق عقد الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى في ميراث أولاد الام (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث) اقتضي التسوية بين الذكور والاناث فلما قال هنا أشركتك فيه فمعناه سويتك بنفسي وذلك تمليك للنصف منه وكذلك لو أشرك رجلين فيه صفقة واحدة كان العبد بينهم أثلاثا لانه سواهما بنفسه وانما تتحقق التسوية اذا كان العبد بينهم أثلاثا . قال (ولو اشتري رجلان عبداً فأشركا فيه رجلا فالقياس أن يكون للرجل نصفه ولكل واحد من المشتريين ربعه) لان الاشراك تمليك بطريق التسوية بين المشتري وبين من أشرك على ماروى ان أبا بكر رضي الله تعالى عنه لما اشترى بلالا رضى الله عنه أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه أشركني فيه فقال قد أعتقته . فعرفنا بهذا أن الاشراك تمليك حتى امتنع منه بالاعتاق ومقتضى لفظ الاشراك التسوية فكل واحد منهما صار مملكا نصف نصيبه منه حين سواه بنفسه في نصيبه فيجتمع له نصف العبد ويبقى لكل واحد منهما ربعه . وفى الاستحسان يكون له ثلثه لانهما حين أشركاه فقد سوياه بأنفسهما فيقتضى هذا اللفظ أن يسوى بينهما فى ملك العبد وانما يتحقق ذلك اذا صار له ثلث العبد من جهة كل واحد منهما السدس ويبقى لكل واحد منهما ثلثه . يوضحه أنهما حين أشركاه فقد جعلاه كالمشترى للعبد معهما ولو اشتراه معهما كان له ثلث العبد . قال (ولو أشركه أحد الرجلين فى نصيبه ونصيب صاحبه فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه) لان اشراكه فى نصيبه نفذ فى الحال وفى نصيب شريكه توقف على اجازة الشريك وعند الاجازة يصير الشريك مشركا له فى نصيبه فكأن كل واحد منهما أشركه في نصيبه بعقد على حدة (وروى) ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله أن أحد المشتريين اذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان العبد بينهم اثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولو أشركه باذن شريكه كان بينهم اثلاثا وهذا لان المجيز صار راضيا بالسبب لا مباشرا له والحكم الثابت عند الاجازة يسند الى وقت العقد فيصير كانهما أشركاه معا فيكون بينهم اثلاثا . قال (وكذلك ان أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم فى كم أشركه ثم أشركه الآخر أيضا فى نصيبه) لان كل واحد منهما سواه بنفسه في نصيبه في عقد على حدة فيصير مملكا نصف نصيبه منه . وذكر ابن سماعة عن ابن يوسف رحمهما الله أن أحد المشتريين لو قال لرجل أشركتك فى نصف هذا العبد كان مملكا جميع نصيبه منه

بمنزلة قوله قد أشركتك بنصف هذا. ألا ترى أن المشتري لو كان واحدا فقال لرجل قدأشركتك في نصفه كان له نصف العبد بمنزلة قوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال أشركتك في نصيبي فانه لا يمكن أن يجعل بهذا اللفظ مملكا جميع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف الباء فانه لو قال أشركتك بنصيبي كان باطلا فلهذا كان له نصف نصيبه. قال(رجل اشترى عبدا ولم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز)لانه بيع ما لم يقبض وذلك منهى عنه ألا ترى انه لو ملكه الكل قبل القبض بطريق التولية لم يجز فكذلك اذا ملكه البعض بالاشراك فان أشركه بعد القبض فهلك قبل أن يسلمه اليه لم يكن عليه ثمن ما أشركه فيه بمنزلة ما لو ولاه وهذا لانه في حقه بائع وهلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم مبطل للبيع. ولم يذكر في الكتاب لو قبض نصف العبد ثم أشرك فيه غيره (والجواب) أنه يصح اشراكه في نصف العبد اعتباراً للبعض بالكل ﴿فان قيل﴾ كان ينبغي أن ينصرف اشراكه الى النصف الذى قبضه خاصة تصحيحا لتصرفه بمنزلة عبد بين شريكين باع أحدهما نصفه مطلقا ينصرف البيع الى نصيبه خاصة ﴿قلنا﴾ الاشراك يقتضي التسوية وانما يتحقق اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه ولا يصح في غير المقبوض لانعدام شرطه فأما اذا انصرف الي تمليك المقبوض خاصة لا يكون تسوية بينهما وتصحيح التصرف يجوز على وجه لا يخالف الملفوظ ففي تعيين المقبوض هنا مخالفة الملفوظ بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصف المقبوض فليس في تعيين نصيبه هناك لتصحيح العقد مخالفة الملفوظ. قال (واذا اشترك الرجلان في عبد قبل أن يشترياه فقال كل واحد منهما لصاحبه أينا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أوقال فصاحبه فيه شريك له فهو جائز)لان كل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه بأن يشترى نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشترياً نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه بوكالته فاذا قبضه فذلك كقبضهما جميعاً لان القبض من حقوق العقد وذلك الى العاقد. ثم يد الوكيل كيد الموكل مالم يمنعه منه حتى اذا مات كان من مالهما جميعاً (فان اشترياه معاً أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الباقي كان بينهما) لانهما ان اشترياه معاً فقد صار كل واحد منهما مشتريا نصفه لنفسه وان اشترى أحدهما نصفه فقد صار مشتريا نصف هذا العبد لنفسه

ونصفه لصاحبه وكان العبد بينهما فان نقد أحدهما الثمن بأمر صاحبه أوبغير أمره وقد كانا اشتركا فيه قبل الشراء على ما وصفت لك فانه يرجع بنصف الثمن على شريكه لان بالعقد السابق بينهما صار كل واحد منهما وكيل صاحبه فى نقد الثمن من ماله ألا ترى أنه لواشتراه أحدهما ونقد الثمن رجع على شريكه بنصفه بحكم تلك الوكالة فكذلك اذا اشترياه وأدى الثمن أحدهما فانما أدى النصف عن نفسه والنصف عن شريكه بوكالته فيرجع به عليه . (قال فان أذن كل واحد منهما لصاحبه فى بيعه ثم باعه أحدهما على ان له نصفه كان بائعا النصف شريكه بنصف الثمن فان باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين) في قياس قول أبى حنيفة رحمه الله . وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله البيع على نصف المأمور خاصة فيحتاج فى تخريج هذه المسئلة الى معرفة فصلين (أحدهما) أن عند أبى حنيفة الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل ببيع نصف العبد يملك بيع نصف ذلك النصف وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لايملك وقد بينا هذا فى كتاب الوكالة (والثانى) أن العبد اذا كان لواحد فقال لرجل بعته منك الا نصفه بألف درهم كان بائعا للنصف بألف درهم . ولوقال بعته منك بألف درهم على ان لى نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لان الاستثناء والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعت منك نصفه بألف درهم فأما قوله على أن لي نصفه ليس باستثناء. بل هو عامل على سبيل المعارضة للأول فكان الايجاب الاول متناولا لجميعه وبالمعارضة تبين انه جعل الايجاب فى نصفه للمخاطب وفى نصفه لنفسه وذلك صحيح منه اذا كان مقيداً ألا ترى أن رب المال يشترى مال المضاربة من المضارب فيكون صحيحاً وان كان ذلك مملوكاً له لكونه مقيداً فهنا أيضاً ضم نفسه الي المخاطب في شراء العبد مقيد في حق التقسيم فلهذا كان بائعا نصفه من المخاطب بخمسمائة . اذا عرفنا هذا فنقول البائع منهما هنا بائع نصفه بحكم الملك وفى النصف وكيل عن صاحبه فاذا قال بعته منك على ان لى نصفه كان ايجابه متناولا للكل . ثم قوله على ان لى نصفه معارض فيكون ذلك معتبرا فى تقسيم الثمن وفي ابقاء نصيبه على ملكه ويبقى موجباً للمشترى نصيب شريكه بنصف الثمن * واذا قال بعته الا نصفه فهذا بمنزلة قوله بعت نصفه بكذا فعند أبى حنيفة ينصرف الى النصف من النصيبين جميعاً لان تعين نصيبه قبل الوكالة لتصحيح تصرفه وبعد الوكالة تصرفه صحيح وان لم يتعين له نصيبه لان من أصله أن الوكيل

يبيع نصف العبد يملك بيع نصف ذلك النصف فلهذا كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين وعندهما لا يمكن تصحيح تصرفه في النصيبين لان الوكيل ببيع نصف العبد لا يبيع نصف ذلك النصف فينصرف بيعه الى نصيب نفسه لتصحيح تصرفه . قال (رجل اشترى عبدا وقبضه ثم قال لرجل آخر قد اشركتك في هذا العبد على أن تنقد الثمن عني ففعل كانت هذه الشركة فاسدة) لانه ملكه نصف العبد بيعا بنصف الثمن وشرط فيه أن ينقد جميع الثمن عنه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيبطل هذا البيع بينهما لمكان الشرط وان نقد عنه الرجل رجع عليه بما نقد عنه لانه قضى دينه بأمره ولا شئ له في العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا . قال (رجل اشترى نصف عبد بمائة درهم واشترى رجل آخر نصف ذلك العبد الباقي بمائتي درهم ثم باعاه مساومة بثلثمائة درهم أو بمائتي درهم فالثمن بينهما نصفين ولو باعاه مرابحة بربح مائة درهم أو قال بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثا) وكذلك لو ولياه رجلا برأس المال أو باعاه بوضيعة كذا فالثمن بينهما أثلاثا لان الثمن في بيع المساومة بمقابلة الملك حتى يعتبر الملك هو في المحل دون الثمن الاول حتى لو كان موهوبا أو كان مشترى بعرض لا مثل له يجوز بيعه مساومة فعرفنا ان الثمن بمقابلة الملك وهما يستويان في ملك العبد فيستويان في ثمنه . وأما بيع المرابحة والتولية والوضيعة باعتبار الثمن الاول ألا ترى انه لا تستقيم هذه البيوع في الموهوب والموروث وفي المشتري بعرض لا مثل له والثمن الاول كان أثلاثا بينهما فكذلك الثاني . يوضح الفرق أن في بيع المرابحة لو اعتبرنا الملك في قيمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق أحدهما وضيعة في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبيهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف بيع المساومة . قال (واذا اشترك الرجلان شركة عنان في تجارة على أن يشتريا ويبيعا بالنقد والنسيئة فاشترى أحدهما شيئا من غير تلك التجارة فهو له خاصة) لان كل واحد منهما بحكم الشركة يصير وكيل صاحبه والوكالة تقبل التخصيص فاذا خصا نوعا كان كل واحد منهما في شراء ما سوى ذلك كالاجنبي عن صاحبه فيكون مشتريا لنفسه خاصة فأما في ذلك النوع فبيع كل واحد منهما وشراؤه بالنقد والنسيئة ينفذ على صاحبه لانهما صرحا بذلك وهكذا لو لم يصرحا فان بمطلق التوكيل يملك الوكيل البيع والشراء بالنقد والنسيئة على الموكل فكذلك بمطلق الشركة الا أنه اذا اشترى أحدهما بالنسيئة

بالنقود أو المكيل أو الموزون فان كان في يده من مال الشركة من ذلك الجنس جاز شراؤه على الشركة وان لم يكن كان مشتريا لنفسه لانه لو نفذ شراؤه على الشركة كان مستدينا على المالك وليس للشريك شركة عنان ولا للمضارب ولاية الاستدانة بمطلق العقد لمعنى وهو انه لو صح استدانتهما زاد مال الشركة والمضاربة وما رضى كل واحد من الشريكين بتصرف صاحبه الا في مقدار ما جعلاه رأس المال فلهذا كان شراؤه بالنسيئة في هذه الحالة على نفسه خاصة . قال (وان كان مال الشركة في يده دراهم فاشترى بالنسيئة بالدنانير عندنا يصير مشتريا على الشركة استحسانا) وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يصير مشتريا لنفسه بناء على أصل معروف وهو ان الدراهم والدنانير في القياس جنسان وفي الاستحسان كجنس واحد في ضم أحدهما الى الآخر وفي تكميل النصاب وغيره . ثم قد بينا ان عند زفر رحمه الله في حكم الشركة هما جنسان حتى لا تصح الشركة اذا كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر دنانير فكذلك في حكم الشراء بالنسيئة وعندنا هما كجنس واحد في صحة الشركة بها فكذلك في الشراء بالنسيئة على شريكه . قال (فان أقر أحدهما بدين في تجارتهما وأنكره الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذى وليه) لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان أو مباشراً لنفسه وان أقر أنهما ولياه لزمه نصفه لانه في النصف مقر على نفسه وفي النصف على صاحبه وبعقد الشركة لا يثبت له ولاية الزام الدين في ذمة صاحبه باقراره فبطل اقراره . وان أقر أن صاحبه وليه لم يلزمه منه شئ لانه أقر على غيره ولا ولاية له في الزام الدين على غيره باقراره وهذا بخلاف شركة المفاوضة فانها تتضمن الكفالة والوكالة جميعا فيكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه بما يلزمه فاذا أقر أحدهما كان كل واحد منهما مطالبا بجميع ذلك المال بحكم الكفالة . فأما شركة العنان تتضمن الوكالة دون الكفالة وبحكم الوكالة لا يصير كل واحد منهما مطالبا بما على صاحبه . قال (فان كان لشريكي العنان على رجل دين فأخره أحدهما لم يجز على صاحبه) بخلاف شريكي المفاوضة لان المتفاوضين فيما هو من صنيع التجار كشخص واحد والتأجيل من صنيع التجار فمباشرة أحدهما فيه كمباشرتهما وبشركة العنان ما صارا كشخص واحد ولان في شركة المفاوضة لكل واحد منهما حق المطالبة بما وجب لصاحبه بمباشرته فكان له أن يؤجل فيه وليس لشريك العنان حق المطالبة بما وجب بمباشرة صاحبه فلا يكون له أن يؤجل في نصيب صاحبه وفي نصيب نفسه اختلاف بين

أبي حنيفة وبين صاحبيه رحمهم الله في صحة التأجيل موضع بيانه في كتاب الصلح. قال (وان اشترى أحدهما شيئاً من تجارتهما فوجد به عيبا لم يكن للآخر أن يرده) لان الرد بالعيب من حقوق العقد وذلك يتعلق بالعاقد ولان الآخر في النصف أجنبي وفي النصف موكل وليس للموكل أن يخاصم في العيب مع البائع فيما اشتراه وكيله وكذلك لو أخذ أحدهما مالا مضاربة فربح فيه كان الربح له خاصة لان مال المضاربة ليس من شركتهما في شئ فعمله فيه يكون لنفسه خاصة دون شريكه واستحقاق المضارب الربح بعمله * وكل وضيعة لحقت أحدهما من غير شركتهما فهي عليه خاصة لان فيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه بمنزلة الاجنبي. وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بشهادة من غير شركتهما فهو جائز لانه عدل لا تهمة في شهادته بخلاف ما هو من شركتهما فانه متهم في شهادته لماله من النصيب في المشهود به وقال أبو حنيفة لشريك العنان أن يضع وأن يدفع المال مضاربة وان لم يأذن له شريكه في ذلك ويجوز له أن يعمل في المال الذي ليس من شركتهما كل شئ يجوز للمضارب أن يعمله وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى * وهذه المسئلة تشتمل على فصول (أحدها) ان لاحد الشريكين أن يوكل بالتصرف وهو استحسان وفي القياس ليس له ذلك لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وليس للوكيل أن يوكل غيره وان الموكل انما رضي برأيه ولم يرض برأي غيره. وفي الاستحسان التوكيل من عادة التجار وكل واحد منهما لا يجد بدا منه لان الربح لا يحصل الا بالتجارة الحاضرة والغائبة وكل واحد منهما عاجز عن مباشرة النوعين لنفسه ولا يجد بدا من أن يوكل غيره بأحد النوعين ليحصل مقصودهما وهو الربح فيصير كل واحد منهما كالآذن لصاحبه في ذلك دلالة ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة بمنزلة الوكالة العامة ولهذا صحت من غير بيان جنس المشترى وصفته وفي الوكالة العامة للوكيل أن يوكل غيره فانه لو قال لوكيله عمل برأيك كان له أن يوكل غيره (وكذلك) لاحد الشريكين ان يضع لان ذلك من عادة التجار ولانه لو استأجر من يتصرف في مال الشركة لجاز ذلك منه على شريكه فاذا وجد من يتصرف بغير أجر كان له أن يضعه بطريق الاولى (وكذلك) له أن يودع من مال الشركة لان له أن يستأجر من يحفظ مال الشركة فلأن يكون له أن يودع ليحفظ المودع بغير أجر أولى * وله أن يدفع من مال الشركة مضاربة لان له أن يستأجر من يتصرف في مال الشركة بأجر مضمون في الذمة

فلأن يكون له أن يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل من عمله من غير أن يكون ذلك مضمونا فى الذمة أولى لان هذا أنفع لهما (وروى) الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ليس له أن يدفع المال مضاربة لانه ايجاب الشركة للمضارب فى الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة وما ذكره في الكتاب أصح . ووجه الفرق بين الشركة والمضاربة ان ما يستفاد بعقد فهو من توابع ذلك العقد وانما يتبع الشيء ما هو دونه لا ما هو مثله أوفوقه والمضاربة دون الشركة . ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفاد بعقد الشركة لانه دونه فأما الاشتراك مع الغير مثل الاول فلا يمكن ان يجعل من توابعه مستفادا به فهو نظير ما يقول ان للمضارب ان يوكل لان الوكالة دون المضاربة وليس له أن يدفع المال مضاربة لان الثانى مثل الاول فلا يكون مستفادا به ولهذا لم يكن للوكيل أن يوكل بمطلق التوكيل لان الثانى مثل الاول ولكن هذا كله فى حق الغير فأما في حق نفسه فيجوز أن يوجب لغيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب أن يكاتب وللمأذون أن يأذن لعبده لانه متصرف لنفسه بفك الحجر عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

باب شركة المفاوضة

(روى) عن أبي سيرين رحمه الله تعالى قال لا تجوز شركة بعروض ولا بمال غائب وفى هذا دليل على انه لا بد من احضار رأس المال ولكن ان وجد الاحضار عند الشراء بها فهو والاحضار عند العقد سواء حتى اذا دفع الى رجل ألف درهم على أن يشترى بها وبألف من ماله وعقدا عقد الشركة بينهما بهذه الصفة فأحضر الرجل المال عند الشراء جازت الشركة لان المقصود هو التصرف لا نفس الشركة فاذا وجد احضار المال عند المقصود كان ذلك بمنزلة الاحضار عند العقد (وعن) الشعبي رحمه الله قال الربح على ما اصطلحا عليه والوضيعة على المال فكذلك فى الشركة وهو مروى وعن علي رضى الله تعالى عنه وبه نأخذ . وتعتبر الشركة بالمضاربة فكما ان الربح في المضاربة على الشرط والوضيعة على المال فكذلك في الشركة (وعن) على رضى الله تعالى عنه قال ليس على من قاسم الربح ضمان

وتفسير هذا أن الوضيعة على المال فى المضاربة والشركة لان الوضيعة هلاك جزء من المال والمضارب والشريك أمين فيما في يده من المال وهلاك المال فى يد الامين كهلاكه فى يد صاحبه * قال (واذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة فكتبنا بينهما كتابا بينا فيه انهما اشتركا فيه فى كل قليل أو كثير شركة مفاوضة وان رأس مالهما كذا وكذا بينهما نصفين يعمل كل واحد منهما برأيه فاذا اشتركا على هذا فهمامتفاوضان) وهذا لما بينا ان اعتبار المساواة ركن المفاوضة فلا بد من أن تذكر التسوية بينهما فى رأس المال والربح وان الشركة بينهما في كل قليل أو كثير لانه اذا اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يكون العقد بينهما مفاوضة لانعدام المساواة ولكن ان اختص أحدهما بملك عرض أو دين على انسان فالشركة بينهمامفاوضة لان العرض لا يصلح أن يكون رأس مال الشركة والدين كذلك وهو نظير الاختصاص بالزوجة أو الولد وذلك لانعدام المساواة المعتبرة في المفاوضة ونص فى الكتاب على لفظة المفاوضة . وقد بينا ان هذا لا بد منه وان كانا لا يعرفان جميع أحكام المفاوضة وبعد ماصارا متفاوضين فما اشترى أحدهما فهو جائز عليه وعلى صاحبه يؤخذ به كله لان المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة فبحكم الوكالة يجعل شراء أحدهما كشرائهما وبحكم الكفالة يجعل كل واحد منهما مطالبا بما يجب على صاحبه بسبب التجارة . قال (وان كان رأس مال كل واحد منهما ألف درهم فاشتركا ولم يخلطا المال فالشركة جائزة) وفى النوادر قال في القياس لا تكون الشركة مفاوضة بينهما قبل خلط المالين لان كل واحد منهما مختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة وذلك ينفى المفاوضة وفى الاستحسان يجوز لان المساواة موجودة بينهما وان لم يخلطا المال واختصاص أحدهما بملك مال غير صاف للمفاوضة بعينه بل بانعدام المساواة فاذا كانت المساواة موجودة كان الخلط وعدم الخلط سواء فان هلك أحد المالين يهلك من مال صاحبه على ما بينا فى شركة العنان وتبطل الشركة بينهما * وان اشتريا بأحد المالين في القياس تبطل المفاوضة أيضا لان المشترى صار بينهما نصفين والآخر مختص بملك رأس ماله فتنعدم المساواة وفى الاستحسان لا يبطل العقد . وللاستحسان وجهان (أحدهما) ان المساواة قائمة معنى لان الآخر وان ملك نصف المشترى فقد صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ماله مستحق به لصاحبه (والثانى) أن ما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا ولا يمكن

التحرز عن هذا التفاوت عادة فقلما يجدان شيئاً واحداً يشتريانه بمالهما . ولا بد من أن يكون الشراء بأحد المالين قبل الآخر فيجعل هذا عفواً لعدم امكان التحرز عنه * قال (فان كانت دراهم أحدهما بيضا ودراهم الآخر سودا فهو كذلك) لان السود والبيض كل واحد منهما يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة وبتفاوت الوصف ينعدم الاختلاط وقد بينا ان الخلط ليس بشرط الا أن يكون لأحدهما على الآخر فضل فى الصرف فلا تجوز شركة المفاوضة لانعدام التساوى بينهما الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله وقد بينا هذا ثم تكون الشركة بينهما عنانا لان تحصيل مقصود المتعاقدين بقدر الأمكان واجب والعنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً وهذا عنان عام وان لقباه بالمفاوضة فهو لقب فاسد لانعدام شرط المفاوضة ولكن لا يبطل به أصل الشركة فان كان شراء يوم وقعت الشركة ثم صار فى أحدهما فضل قبل أن يشتريا شيئا فسدت المفاوضة أيضاً لانه اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود به ما يمنع ابتداء العقد وهو التفاوت في ملك المال فيكون مبطلا للعقد كما لو ورث أحدهما مالا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة تفسد به المفاوضة وان كان ذلك بعد الشراء بالمالين جميعاً فالشركة جائزة لان المقصود قد حصل حين اشتريا بالمالين فلا معتبر بما يظهر من التفاوت في العرف بعد ذلك ﴿فان قيل﴾ أليس أنه لو ورث أحدهما مالا بعد الشراء بالمالين أو وهب له مالا فسدت المفاوضة ﴿قلنا﴾ لان المساواة في ملك المال منعدم هناك بما اختص به أحدهما وهنا لا ينعدم لان ملكهما تحول من الدراهم الى المشترى والمشترى بينهما نصفان ﴿فان قيل﴾ لا كذلك بل لكل واحد منهما على صاحبه نصف رأس ماله دينا عليه حتى لو هلك المشترى يرجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف رأس ماله فينعدم المساواة أيضا بظهور الفضل في النصف ﴿قلنا﴾ نعم ولكن ما استوجبه كل واحد بينهما علي صاحبه دين عليه والدين لا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة فالتفاوت بينهما في ذلك لا يمنع بقاء المفاوضة كما لو ورث أحدهما دينا أو عرضاً وكذلك لو كان رأس مال أحدهما ألف درهم ورأس مال الآخر مائة دينار فان كانت قيمتها مثل الالف فالشركة بينهما مفاوضة وهذا فى التفريع كالسود والبيض وان كانت قيمة الدنانير أكثر من ألف درهم لم تجز المفاوضة لانعدام المساواة وكانت الشركة بينهما عنانا حتى لا يطالب كل واحد منهما بما يجب علي صاحبه لان ذلك من حكم من الكفالة الثابتة

بالمفاوضة . قال (واذا اقتسما ضرب كل واحد منهما برأس ماله أو بقيمته يوم يقتسمون) لما بينا ان المعتبر قيمة رأس المال وقت القسمة لاظهار الربح فانه لما لم يصل الى كل واحد منهما جميع رأس ماله لايظهر الربح ليقتسماه بينهما * قال (ولو قال أحدهما لصاحبه بعتك نصف مالي هذا بنصف مالك هذا فرضي بذلك وتقابضا كانا شريكين فيهما بمنزلة المال المختلط) لان العقد الذي جرى بينهما عقد صرف وقد تم بالتقابض فصار كل واحد من المالين مشتركا بينهما نصفين فان كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضا فباعه نصف العروض بنصف الدارهم وتقابضا ثم اشتركا شركة مفاوضة أو شركة عنان جاز ذلك لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس ما لهما ثم يثبت في الشركة حكم العروض وهو بينهما نصفان بيعا * وقد يدخل في العقد بيعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه قصدا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف يثبت فيها حكم الوقف تبعا اذا وقف قرية بما فيها من الدواب والمماليك وآلات الحراثة وان كان لا يثبت حكم الوقف في المنقولات قصدا فهذا مثله وقد بينا ان الشراء والحل بمنزلة العروض في انه لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة . قال (وان اشتركا شركة مفاوضة بغير مال على أن يشتريا بوجوههما فهو جائز) كما بيناه في شركة العنان الا أن تكون المفاوضة عامة ومثله في الوكالة لا يجوز فان من قال لغيره اشتر بيني وبينك لا يكون ذلك صحيحا مالم يبين المشترى أو يخص بذكر الوقت أو بتسمية الجنس في العروض والقدر في المكيل والموزون أو بتسميته الثمن وتفويض الامر الى رأيه على العموم وفي شركة الوجوه يجوز ذلك بدون التخصيص لانها تشتمل علي البيع والشراء ومقصودهما الربح لا عين المشترى ومثله في الوكالة يجوز أيضا لو قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشترينا من شئ فهو بيننا نصفان علي أن يبيعه و يقسم ربحه نصفين وكان ذلك تفسيرا للشركة فأما في الوكالة الخاصة المقصود عين المشترى فلا بد من اعتبار معنى الخصوص فيه لتصحيح الوكالة . قال (وكذلك ان اشترك خياطان في الخياطة مفاوضة أو خياط وقصار أو شبه ذلك من الاعمال المختلفة أو المتفقة حتى اذا تقبل أحدهما عملا أخذ الآخر به وان كان عمله غير ذلك العمل) لان بشركة المفاوضة صار كل واحد منهما وكيل صاحبه في تقبل العمل له وكفيلا عن صاحبه فيما يجب عليه فكان كل واحد منهما مأخوذا بما يقبله الآخر ولا يمتنع صحة التقبل باعتبار أن ذلك ليس من عمله لانه لا يتعين عليه

اقامة مايقبل ببدنه ولكن لهأن يقيمه بأعوانه واحزابه وهو يقدر لهعلى ابقاء ما التزمه بهذا الطريق فلهذا كان مطالبا بحكم الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم

باب بضاعة المفاوض

قال (ولأحد المتفاوضين أن يبيع بضاعة مع رجل وأن يدفع مضاربة وان يودع) وقد بينا ان شريك العنان يملك هذا فالمفاوض أولي لانه أعم تصرفا منه . قال (وليس له أن يقرض لان الاقراض تبرع) وكل واحد من المتفاوضين انما قام مقام صاحبه فى التجارة فى مال الشركة دون التبرع ألاترى انهلايملك الهبةولاالصدقة في نصيب صاحبهفالاقتراض فى كونه تبرعا كالصدقة أوفوقه قال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشرةأمثالها والقرض ثمانية عشر . وقيل انما جعل الثواب فى القرض أكثر لان ملتمس القرض لايأتيك الا محتاجا والسائل للصدقة قد يكون محتاجا وقد يكون غير محتاج (وذكر) الحسن ان على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالي لاحد المتفاوضينأن يقرض مال المفاوضة من رجل ويأخذ منه ما تحققه به وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ليس له ذلك وجعل هذا بمنزلة الكفالة من حيث انه متبرع فى الاداء ولكن يرجع بمثله كما ان الكفيل متبرع فى الالتزام ولكن يرجع بمثل مايؤدى . ثم من أصل أبيحنيفةرحمه الله تعالىانأحد المتفاوضين اذا كفل بمال يلزم شريكه ويجعل معنى المفاوضة فى ذلك راجحا لذلك الاقرار وعندهما كفالة أحد المتفاوضين لايلزم شريكه وجعلا معنى التبرع فيه راجحا لذلك فى الاقرار. قال(فان أقرض أحدهما فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه) لانه متعد فى نصيب شريكه بتصرفه فى المال علي غير ماهو مقتضى الشركة ولكن لايفسدذلك المفاوضةلان المضمون له انما اختص بملك دين وذلك غير مفسد للمفاوضة مالم يقبضه ولان المقترض مستوجب مثل ذلك عن المستقرض فكانت المساواة بينهما قائمة. قال(وليس له أن يعيردابة بغير رأيهمن شركتهما في القياس) لان الاعارة تبرع بالمنفعة بغير بدل فهو كالتبرع بالعين بغير بدل كالهبة وذلك خلاف ماتقتضيه المفاوضة. قال(فاذا فعل فعطبت الدابة تحت المستعير كان المعير ضامنا نصف قيمة الدابة لشريكه فى القياس) لانه متعد فى نصيبه بالتسليم الى المستعير ولكن استحسن فقال له أن يعير ولا ضمان عليه لان الاعارة من توابع التجارة فان التاجر لايجد بدا منه

لانه اذا أتاه من يعامله فلا بد أن يعيره ثوبا ليلبس أو وسادة يجلس عليها ولا يجد بدا من اعارة الميزان وصنجاته من بعض الجيران فان من لايعير لا يعار عند حاجته وكل واحد منهما مالك للتجارة في هذا المال فيملك ماهومن توابع التجارة ألا ترى ان المأذون يعير والمفاوض أعم تصرفا من المأذون حتى ان المفاوض يكاتب والمأذون لا يكاتب . وعلل فى بعض النوادر فقال التاجر فى المال وان لم يكن مالكا لشيء منه فله أن يعير وانما أراد به المأذون فالتاجر الذى يملك النصف يكون شريكا فى الربح لان تملك الاعارة أولى . قال (ولو أبضع أحدهما بضاعة مع رجل لم يفرق المتفاوضان ثم اشترى المستبضع بالبضاعة شيئاً وهو لايعلم توفرهما فشراؤه جائزعلى الآمروعلى شريكه) لان الابضاع توكيل ومباشرة أحدهما فيه حال قيام المفاوضة كمباشرتهما ثم افتراقهما عزل منهما اياه عن التصرف قصدا وحكم العزل لايثبت قصدا فى حق الوكيل مالم يعلم به فلهذا نفذ شراؤه عليهما ولو كان أمره بالشراء ولم يدفع اليه مالا كان ما اشترى للآمر خاصة لان عمل أحدهما فيما هو من شركتهما كعملهما . واذا دفع اليه مالا من شركتهما وأمره أن يشترى بها فانما وجد عمل أحدهما فيما هو من شركتهما فاذا لم يكن دفع اليه مالا فانما عمل أحدهما بالتوكيل والابانة فيما ليس من شركتهما الا ان المفاوضة اذا بقيت بينهما حتى اشترى الوكيل جعل شراؤه كشراء الموكل وكان المشترى بينهما نصفين بهذا الطريق وذلك لايوجد اذا افترقا قبل شراء الوكيل لان عند شراء الوكيل لواشتراه الموكل كان مشتريا لنفسه وكذلك الوكيل يكون مشتريا للآمر خاصة . يوضحه ان دفع الضرر عن الوكيل واجب واذا كان المال مدفوعا اليه لو جعلناه مشتريا للآمر خاصة كان ضامنا للآخر نصيبه من المال فلدفع هذا الضرر جعلناه مشتريا بينهما اذا لم يعرف افتراقهما وذلك غير موجود فما اذا لم يكن المال مدفوعا اليه لانه لايضمن للشريك شيئاً وان صار مشتريا للآمر ولكن يجب الشراء بالثمن فى ذمته ويرجع به على الآمر وقد رضى بذلك حين قبل الوكالة . قال (الاترى انه لومات الذى لم يبضع ثم اشترى المستبضع المتاع لزم الحى خاصة) الا أن فى فصل الموت اذا كان المال مدفوعا الى المستبضع فورثه الميت بالخيار انشاؤا وضمنوا المستبضع وان شاؤا ضمنوا الآمر وهذا لان الموت يوجب عزل الوكيل حكماً بطريق انه ينقل الملك الى الورثة ولم يوجدمن واحد منهم الرضا بتصرف الوكيل والعزل الحكمى يثبت فى حق الوكيل وان لم يعلم به بخلاف افتراقهما

فان ذلك من الذى لم يبضع عزل الوكيل فى نصيبه قصدا فلا يثبت حكمه فى حقه مالم يعلم به * وان كان للورثة حق تضمين المستبضع لانه جان فى نصيبهم من المال بالدفع الى البائع من غير رضاهم ثم فلهم أن يضمنوه ان شاؤا وان شاؤا الآمر لان دفعه كان باذن الآمر فيكون كدفع الآمر بنفسه فان ضمنوا المستبضع رجع به على الآمر لانه غرم لحقه فى عمل باشره له بأمره ولان جميع المتاع صار للآمر فيكون عليه جميع الثمن وقد نقد نصف الثمن من ماله ونصفه من مال غيره وقد استحق يرجع عليه بمثله قال (واذا وكل أحد المتفاوضين رجلا بشراء جارية بعينها أو بغير عينها بثمن مسمى ثم ان الآخر نهاه عن ذلك فنهيه جائز) لان عزل الوكيل من صنيع التجارة كالتوكيل فكما جعل فعل أحدهما فى التوكيل كفعلهما فكذلك يجعل نهى أحدهما اياه كنهيهما وان اشتراه الوكيل فهو مشتر لنفسه فان الوكالة قد بطلت بعزل أحدهما اياه فان لم ينهه حتى اشتراها كان مشتريا لهما جميعا فيرجع بالثمن على أيهما شاء لان كل واحد يطالب بما وجب على صاحبه بحكم الكفالة وقد كان توكيل أحدهما كتوكيلهما جميعا فيستوجب الوكيل الرجوع عليها بالثمن فله أن يأخذ أيهما شاء بجميعه لانه في النصف أصيل وفى النصف كفيل عن صاحبه * وكذا ان اشترى أحدهما شيئا وقبضه كان للبائع أن يأخذ شريكه بالثمن لانه كفيل عن المشترى بما يلزمه بطريق التجارة * وان كان بالمتاع عيب كان للشريك ان يرده على البائع بعينه لان الرد بالعيب من حقوق التجارة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب بالتجارة له وعليه وكذلك ان باع أحدهما متاعا فوجد المشترى به عيبا كان له أن يرده على الذى لم يبع لانه قائم مقام صاحبه فيما يلزمه بالتجارة والخصومة فى العيب انما لزمته بالتجارة فكان الآخر قائما مقام البائع في ذلك فرد عليه . قال (أرأيت لو كانا قصارين متفاوضين فأسلم رجل الى أحدهما ثوبا أما كان له أن يأخذ الآخر بعمله ذلك له ذلك) وللآخر أن يأخذه بالاجر اذا فرغ من العمل فحكم الرد بالعيب كذلك قال (واذا أبضع أحد المتفاوضين بضاعة له ولشريك له شاركه شركة عنان فابضع ألف درهم بينهما نصفين مع رجل يشترى له بها متاعا فرضى الشريك فمات الدافع ثم اشترى المستبضع بذلك متاعا فالمتاع للمشترى أولا) يقول فيما ذكرنا بيان ان لاحد المتفاوضين ان يشارك مع رجل شركة عنان وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله ليس له ذلك لانه يحتاج الى الشركة للغير فى المال المشترك ولهذا لم يكن لشريك العنان ان يشارك

غيره فكذلك في المفاوض. وجه ظاهر الرواية ان العنان دون المفاوضة فيمكن أن يجعل من توابع المفاوضة مستفادا بها كالمضاربة وشركة العنان. قال (وان شارك أحد المتفاوضين رجلا شركة مفاوضة لم يجز ذلك على شريكه) في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الثاني مثل الاول فلا يكون من توابع الاول مستفادا به كما انه ليس لشريك العنان أن يشارك غيره فكذلك وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يجوز ذلك منه لان المتفاوضين كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما هو من صنيع التجار فيكون كل واحد منهما كفعلهما اذا عرفنا هذا فنقول المستبضع وكيل للدافع فينعزل بموت الدافع علم به أو لم يعلم لان هذا عزل من طريق الحكم فاذا اشترى المتاع بعد ذلك كان مشتريا لنفسه فاذا نقد الثمن بالمال المدفوع اليه فقد قضى بمال الغير دينا عليه فيكون ضامنا مثل ذلك المال لصاحب المال ونصف هذا المال لشريك العنان فيضمن له ذلك والنصف الآخر للمفاوض الحي ولورثة الميت فيضمن لهما ذلك وانما قلنا انه ينعزل بموت الدافع أما في حقه لا يشكل وفي حق الشريكين الآخرين لان الشركة قد انقطعت من الدافع وبين كل واحد منهما بموته واعتبار أمره في حقهما كان بعقد الشركة فلا يبقى بعد انتقاضها ولو كان الدافع حيا ومات شريك العنان ثم اشترى المستبضع المتاع كان المتاع كله للمتفاوضين لان شركة الدافع مع شريك العنان قد انتقضت بموته وانقطعت الوكالة التي كانت بينهما فلا يثبت له الملك في المتاع بشراء الوكيل لان شراء الوكيل كشراء الموكل بنفسه والدافع لو اشترى المتاع بنفسه كان المتاع كله للمتفاوضين فكذلك وكيله ويرجع ورثة الميت بحصته من المال ان شاؤا على المستبضع لانه دفع ماصار ميراثا لهم الى البائع بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على أي المتفاوضين شاؤا لان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه مايلزمه بحكم قيام المفاوضة بينهما وقد صار الدافع ضامنا لذلك لان اداء وكيله بأمره كادائه بنفسه فان لم يمت هذا ولكن المتفاوض الآخر مات ثم اشترى المستبضع المتاع فنصف المتاع لشريك العنان لقيام الشركة بين الدافع وبين شريك العنان ولان شراء وكيله له كشرائه بنفسه ونصف المتاع للآمر لا شيء له منه لورثة الميت لان المفاوضة قد انتقضت بين الدافع وبين الميت* ولو اشترى بنفسه في هذه الحالة لم يكن شيء من المشترى لورثة الميت فكذلك اذا اشترى وكيله* ولورثة الميت الخيار ان شاؤا ضمنوا نصيبهم من المال المفاوض الحي لان اداء وكيله كادائه بنفسه وان شاؤا ضمنوه المستبضع لانه دفع مالهم الى البائع

بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على الآمر لانه عامل له فيما أدى بأمره فيرجع عليه بما يلحق من العهدة ولا يرجع بها على شريكه الآخر لان الشركة بينهما عنان فلا يكون كل واحد منهما مطالبا بما يجب على الآخر. (قال وان أخذ أحد المتفاوضين من رجل مالا على بيع فاسد فاشترى به وباع كان البيع لهما والضمان عليهما) لان ما حصل انما يحصل بطريق التجارة وما وجب بطريق التجارة وهذا لان الفاسد من البيع معتبر بالجائز في الاحكام وفعل كل واحد منهما في التجارة كفعلهما فيما يجب به عليهما وفيما يحصل به لهما. (قال واذا أمر أحد المتفاوضين رجلين بأن يشتريا عبدا لهما وسمى جنسه وثمنه فاشترياه وافترقا عن الشركة فقال الآمر اشترياه بعد التفريق فهو لى خاصة وقال الآخر اشترياه قبل الفرقة فهو بيننا فالقول قول الامر مع يمينه) لان الشراء حادث فيحال حدوثه الى أقرب الاوقات *ومن ادعى فيه تاريخا سابقا فعليه اثباته بالبينة وان لم يكن له بينة فالقول قول من يجحد التاريخ مع يمينه ولان سبب الملك في المشترى أظهر للآمر فان فعل وكيله كفعله بنفسه والآخر يدعي استحقاق المشترى عليه وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه وعلى الآخر البينة فان أقاما البينة فالبينة بينة الآخر لان فيه اثبات التاريخ فاثبات الاستحقاق له والبينات للاثبات فتترجح بزيادة الاثبات ولا تقبل فيه شهادة الوكيلين لانهما خصمان في ذلك يشهدان على فعل أنفسهما فان قال الشريكان لا ندري متى اشتريناه فهو للامر أيضاً لانه انما يحال بالشراء على أقرب الاوقات لما يعلم فيه تاريخ سابق . واذا قال الآمر اشترياه قبل الفرقة وقال الآخر اشترياه بعد الفرقة فالقول قول الذى لم يأمر لانكاره التاريخ وانكاره وقوع الملك له ووجوب شئ من الثمن عليه والبينة بينة الآمر وكذلك هذا في شركة العنان بعد الفرقة

باب خصومة المفاوضين فيما بينهما

قال (واذا ادعى رجل على رجل انه شاركه شركة مفاوضة وجحد المدعى عليه والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة) لانه يدعي العقد واستحقاق نصف ما في يده وذو اليد منكر فعلى المدعي البينة وعلى المنكر اليمين . وان أقام المدعى البينة فشهد الشهود انه مفاوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذى في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفين فانه يقضي للمدعى بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم . ولانهما ان قالا المال الذى في

يده بينهما نصفان أو هو من شركتهما فقد صرحا بالشهادة للمدعى بملك نصف ما فى يد ذى اليد وان قالا هو مفاوضة فمقتضى المفاوضة هذا وهو أن يكونا مستويين فى ملك المال شريكين فيه. فاذا قضى القاضى بذلك ثم ادعى ذو اليد عينا مما فى يده انه ميراث له وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته فى قول أبى يوسف رحمه الله. وقال محمد رحمه الله ان كان شهود المدعى شهدوا بأنه مفاوضة فبينة ذى اليد مقبولة وان شهدوا ان المال الذى فى يده من شركتهما أو هو بينهما فلا تقبل بينة ذى اليد بعد ذلك * واحتج في ذلك فقال القاضى يقضي بما شهد به الشهود فاذا شهدوا بمطلق المفاوضة قضى القاضي بذلك أيضاً ومطلق المفاوضة لا ينفى احتمال كون بعض ما فى يده ميراثا له. ألا ترى ان العقد لو كان ظاهرا بينهما وورث أحدهما ما لا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة كان ذلك له خاصة وتبقى المفاوضة بينهما الا انا إنما نجعل جميع ما فى يده بينهما نصفين لاعتبار مقتضى المفاوضة وهذا ظاهر نعتبره والظاهر يسقط اعتباره اذا قام الدليل بخلافه فاذا أقام البينة على عين انه ميراث له فقد ظهر الدليل المانع من اعتبار الظاهر فى هذا العين فيجب العمل بذلك الدليل بخلاف ما اذا شهدوا بالشركة فيما فى يده لان القاضى قضي بالشركة بدليل موجب لذلك فاقامة البينة بعد ذلك على عين انه ميراث يتضمن ابطال حكم الحاكم وبينة المقضى عليه على ابطال القضاء لا تكون مقبولة والدليل على الفرق بين حالة الاطلاق والبيان ان شاهدين لو شهدا بدار فى يد رجل لانسان وقضى القاضي بذلك ثم زعم المدعى ان البناء كان ملك المقضى عليه فانه لا يبطل قضاء القاضي بالأرض له ولو كان الشهود شهدوا له بالبناء والأرض مفسراً ثم أقر المدعى ان البناء للمدعى عليه يكون ذلك إكذابا منه لشهوده ويبطل به قضاء القاضى له والفرق ما بينا ان البناء تبع فاستحقاقه فى الفصل الاول باعتبار الظاهر الى استحقاقه الاصل وعند التفسير والبيان استحقاقه البناء بالحجة فاذا أكذب شهوده في ذلك بطلت شهادتهم له. وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما فى يده لصاحبه وبينة المقضى عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له كما لو كانت الشهادة مفسرة وهذا لان الأسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لأحكامها والمفاوضة سبب وحكمها الشركة فى المال. ألا ترى ان دعوى المفاوضة لا تصح بدون دعوى الشركة فى المال فكذا فى الشهادة عليها انما تقبل باعتبار الحكم ولا فرق بين أن يصرح الشاهد بالحكم

وبين أن يذكر السبب في ان القاضي يقضي بالحكم والسبب جميعا بالشهادة كما لو شهدوا بالشراء أو بالشراء والملك جميعا للمشترى ثم عند التفسير لم تقبل بينة ذى اليد يعتبرون به مقضيا عليه فكذلك عند الابهام . قال (فان ادعى ذو اليد عينا في يده انه له خاصة وهبه شريكه منه حصته فيه وأقام البينة على الهبة والقبض قبل ذلك منه) ومحمد رحمه الله يستدل بهذا على أبي يوسف رحمه الله ولا حجة له فيه على أبي يوسف رحمه الله لان هنا بينته مقبولة سواء فسر شهود المدعى بشهادتهم أو لم يفسروا ثم الفرق انه ليس فى قبول هذه البينة ابطال القضاء الاول فى هذا العين بل فيها تقرير القضاء الاول لان القضاء الاول بالملك للمدعى وانما تصح الهبة باعتبار ملكه بخلاف الأول مع قبول البينة هناك ابطال القضاء الاول فيما تناوله القضاء قال ألا ترى انهم لو شهدوا ان هذا العبد الذى في يده مشترك بينهما وقضى القاضي بذلك ثم أقام ذو اليد البينة ان المدعى وهبه له أو تصدق به عليه قبلت بينته . ولو أقام البينة انه ورثه عن أبيه وهو يملكه أو ان رجلا آخر وهبه منه لم تقبل بينته على ذلك والفرق ما بينا فكذلك فى المفاوضة وان ادعى انه شريكه شركة مفاوضة والمال فى يد المدعى عليه فأقر له بالمفاوضة وقضى عليه باقراره ثم ادعى عبدا مما كان فى يده انه ميراث له أو وهبه من فلان فاقام البينة على ذلك قبل ذلك وقضى له بالعبد وهو دليل لمحمد رحمه الله أيضا من الوجه الذى قلنا ان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولكن الفرق بينهما لابى يوسف رحمه الله من وجهين (أحدهما) ان ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع الميراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة فوجب قبول بينته ألا ترى انه لو لم يكن له بينة لم كان يستحلف خصمه وفى الأول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لو ادعى الميراث ولم يكن له بينة لم يكن له أن يستحلف خصمه فعرفنا بهذا انه منكر والمنكر لا يكون مدعيا فلهذا لم تقبل بينته (والثانى) ان الاقرار موجب الحق بنفسه بدون القضاء وانما يقضى القاضى بالاقرار فقط ولهذا قلنا ان استحقاق الملك بالاقرار لا يظهر في حق الزوائد المنفصلة فأما البينة لا توجب الا بقضاء القاضي وانما يقضى القاضى بما هو المقصود وهو كون المال مشتركا بينهما فلهذا لا يقبل بينة ذى اليد بعد ذلك * وكذلك لو كان المال فى يديهما جميعا وهما مقران بالمفاوضة فادعى أحدهما شيئا من ذلك انه له ميراث وأقام البينة قبلت بينته لانه مدع أثبت دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة استحلف صاحبه

لانه منكرها لو أقر به يلزمه ولا اشكال فى هذا الفصل انه لو ادعى تملك نصيب صاحبه عليه بالهبة وأقام البينة على ذلك ان بينته تكون مقبولة (وان ادعى رجل قبل رجل شركا فى عبد له خاصة وجحد ذو اليد وأقام المدعى البينة ان العبد بينهما نصفان فانه يقضى له بنصفه) لانه نور دعواه بالحجة ولا تقبل من ذى اليد البينة انه ادعى ميراثا فيه لانه مقضى عليه بالملك فى نصفه ولا بينة له الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له . قال (واذا مات أحد المتفاوضين والمال فى يد الباقى منهما فادعى ورثة الميت المفاوضة وجحد ذلك الحى فأقاموا البينة ان أباهم كان شريكه شركة مفاوضة لم يقض لهم بشئ مما فى يد الحى) لانهم شهدوا بعقد قد علمنا ارتفاعه بان المفاوضة تنتقض بموت أحدهما ولانه لا حكم لما شهدوا به فى المال الذي فى يده فى الحال لان المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون ما فى يده فى الحال من شركتهما الا أن يقيموا البينة انه كان فى يده فى حياة الميت وانه من شركة ما بينهما فحينئذ يقضى لهم بنصفه لانهم أثبتوا الاستحقاق بالحجة أما اذا شهدوا انه كان من شركتهما فقد شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه فيه بعد موته وان شهدوا انه كان فى يده فى حياة الميت فاليد الثابتة له فى حال قيام الشركة كاليد الثابتة بالمعاينة أو باقرار الخصم وذلك موجب ملك الميت فى نصفه وورثته في ذلك يخلفونه (فان أقام الحى البينة انه ميراث له من قبل أبيه لم تقبل بينته) لان الشهود قد فسروا وقضى القاضي عليه بالنصف للورثة بشهادتهم قالوا وهذا اذا شهدوا انه من شركة ما بينهما فاما اذا شهدوا انه كان فى يده في حياة الميت فينبغى أن تكون المسئلة على الخلاف كما في حال الحياة ولو كان المال فى يد الورثة وجحدوا الشركة فأقام الحى البينة على شركة المفاوضة وأقام الورثة البينة ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير شركة بينهما لم أقبل منهم البينة علي ذلك) لانهم جاحدون للشركة وانما يقيمون البينة على النفى وقد أثبت المدعى الشركة فيما فى أيديهم بالبينة فيقضى له بنصفه وهذا لانهم حين زعموا ان أباهم مات وترك ميراثا فقد أقروا أنه كان فى يد أبيهم حال قيام الشركة وهذا الفصل أيضاً حمله بعضهم على الخلاف والاصح فى الفصلين انه قولهم جميعا لان بعد الموت قبلت البينة للحكم لا للسبب فالسبب قد انتقض بالموت ولهذا يسوي بين ما اذا فسر الشهود أنه من شركتهما أو لم يفسروا ذلك بخلاف حال الحياة (ولو قال ورثة الميت مات جدنا وترك ميراثا لابينا وأقاموا البينة على هذا لم يقبل) فى قول أبي يوسف

رحمه الله وقبلت فى قول محمد رحمه الله بمنزلة ما لو كان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ماشهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فان كان شهود الحى شهدوا على شئ بعينه انه من شركتهما لم تقبل بينة الورثة فى ذلك كما لاتقبل البينة فيه من المورث لوكان حيا . قال (واذا افترق المتفاوضان ثم ادعى أحدهما ان صاحبه كان شريكه بالثلث وادعى صاحبه النصف وكلاهما مقر بالمفاوضة لجميع المال من العقار وغيره بينهما نصفان) لان موجب المفاوضة المساواة فى ملك المال فاتفاقهما على المفاوضة يكون اتفاقا على حكمها وهو ان المال بينهما نصفان ثم مدعى التفاوت يكون راجعا بعد الاقرار ومناقضا فى كلامه ولان مطلق الاقرار بالعقد يتناول الصحيح من العقد ولاتصح المفاوضة الا بعد التساوى بينهما فى المال الاما كان من ثياب كسوة أومتاع بيت أورزق العيال أوخادم يطؤها فانى أجعل ذلك لمن يكون فى يديه ولا اجعله فى الشركة استحسانا . وفي القياس يدخل هذا في الشركة لانه مال فى يد أحدهما وهو حاصل بالتصرف وكل واحد منهما فى التصرف قائم مقام صاحبه . ووجه الاستحسان ان هذه الاشياء مستثناة من عقد الشركة لعلمنا بوقوع الحاجة لكل واحد من المتفاوضين اليها مدة المفاوضة ولهذا لو عايناه اشترى ذلك جعلناه مشتريا لنفسه فاذا صار مستثنى لم يتناوله مطلق المفاوضة فيبنى ظاهر الدعوى والانكار ويجعل القول قول ذى اليد لانكاره وكذلك الخادم يطؤها لان فعله محمول على ما يحل شرعا ولايحل له الاقدام على وطئها الا اذا كان مختصا بملكها . أرأيت لو كانت مدبرة أوأم ولد أما كان القول فيها قول ذى اليد وكذلك الامة ولذلك لو لم يفترقا ولكن مات أحدهما ثم اختلفوا فى مقدار الشركة فهو على النصف لانا علمنا بوجود المال فى يد أحدهما في حال قيام المفاوضة وتأثير موت أحدهما فى نقض العقد فهو وافتراقهما سواء (ولو كانا حيين والمال في يد أحدهما وهو منكر للشركة وأقام الآخر البينة انه شريكه شركة مفاوضة له الثلثان وللذى في يده الثلث فهذه الشهادة فى القياس لا تقبل) لان اقراره بالمفاوضة اقرار بالمناصفة فى المال وذلك اكذاب منه لشهوده فيما شهدوا به من الثلث والثلثين والمدعى اذا اكذب شاهده تبطل شهادته له . وفي الاستحسان شهادتهم على أصل المفاوضة مقبولة والمال بينهما نصفان لانه لاحاجة بهم الى اتمام الشهادة الى ماذكروا من الثلث والثلثين فتلغى تلك الشهادة فتبقى شهادتهم على أصل المفاوضة ولان من الناس من يقول مع التفاوت

في المال تصح المفاوضة فلعل الشهود ممن يعتمدون ذلك ففسروا بناء على اعتقادهم ولكن القاضي يبنى ما ثبت عنده على اعتقاده لا على اعتقاد الشهود فتبين بهذا الفصل ضعف كلام محمد رحمه الله فى الفرق بين ماإذا فسر الشهود أوابهموا فان تفسيرهم لما لم يعتبر فى قبول شهادتهم على المفاوضة فكذلك لا يعتبر تفسيرهم فى المنع من قبول بينة أحدهما على متاع فى يده أنه ميراث بل المبهم والمفسر فى ذلك سواء وكذلك لوكان المدعى ميتا وأقام وارثه البينة على مثل ذلك لانه خليفة مورثه قائم مقامه . قال (واذا افترق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة أن المال كله كان فى يد صاحبه وان قاضي كذا قد قضى بذلك عليه وقسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين وأقام الآخر البينة بمثل ذلك من ذلك القاضى بعينه أومن غيره فان كان ذلك من قاض واحد وعلمنا التاريخ من القضائين أخذنا بالآخر وهو رجوع عن الاول) لانه عالم بقضاء نفسه فانما يقضي ثانيا بخلاف ماقضى به أولا اذا تبين له الخطأ فى القضاء الاول فلهذا جعلنا الثانى نقضا للاول وهو كما لو تبايعا بألف ثم تبايعا بمائة دينار يجعل الثانى نقضا للاول وان لم يعلم التاريخ بينهما أوكان القضاء من قاضيين لزم كل واحد منهما القضاء الذى لا نعده عليه لان كل واحد منهما صحيح ظاهر وانه قضى بالحجة ممن له ولاية القضاء فلا يجوز ابطاله بالشك اذ ليس أحدهما بالابطال أولى من الآخر (واذا كان من قاضيين وكل واحد منهما لا يملك نقض قضاء الآخر ولا يقصد ذلك انما يقضى كل واحد منهما بما شهد عنده الشهود به ولا منافاة بينهما) لجواز أن يكون فى يد كل واحد منهما بعض مال الشركة فظن كل فريق ان ذلك جميع مال الشركة فيحاسب كل واحد منهما صاحبه بما عليه ويترادان الفضل . قال (ولا يلزم المفاوض ما على شريكه من مهر أوارش جناية) لان كل واحد منهما ملتزم لما وجب لطريق التجارة والنكاح ليس بتجارة فالمهر الواجب به لا يكون واجبا بسبب التجارة ولانه بدل مما لا يحتمل الشركة وكفالة كل واحد منهما عن صاحبه بدين هو بدل ما يحتمل الشركة حتى يكون منفعة مباشرة بسبب الالتزام لهما وارش الجناية واجب بطريق العدوان دون التجارة فهو بدل ما لا يحتمل الشركة بينهما والدليل على الفرق ان اقرار المأذون بالمهر وارش الجناية غير صحيح فى حق المولى بخلاف اقراره بديون التجارة . قال (ولا يشارك أحدهما صاحبه فيما يرث من ميراث ولا جائزة يجيزها السلطان له أوهبة أوهدية) الا عند ابن أبي ليلى رحمه الله فانه يقول مقتضي الشركة المساواة وقد بقيت الشركة بينهما فيثبت ماهو مقتضاها وهو بناء على مذهبه

ان في الابتداء لو كان رأس مالهما على التفاوت يجوز الشركة ويصير رأس المال بينهما نصفين فكذلك فى الانتهاء ولكنا نقول لابد للملك من سبب وسبب الارث القرابة وذلك غير موجود فى حق الشريك ولايمكن جعل الوراث مملكا نصفه من شريكه بعقد الشركة لان تمام سبب الملك له بعد موت المورث والتمليك لا يسبق سببه لان كل واحد منهما يجعل كالوكيل عن صاحبه فيما يحتمله ويجوز الميراث يدخل فى ملك الوراث بغير صنعه فلا يجوز ان يكون نائبا عن شريكه فيه وكذلك الصدقة فان مع اضافة موجب العقد اليه لايمكن جعله نائبا عن شريكه . قال (ولا يفسد ذلك المفاوضة الا أن يكون دراهم أودنانير وقد قبضه) معناه لم يكن دينا وهذا بناء على مابينا انه متى اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس مال الشركة ينعدم به موجب المفاوضة فتبطل المفاوضة . قال (وكل وديعة كانت عند أحدهما فهى عندهما جميعاً) لانهما بعقد المفاوضة صار الشخص واحدا فيما يلتزمه كل واحد منهما بسبب هو من صنيع التجارة وبقول الوديعة من جملة ذلك فان مات المستودع قبل أن يبين لزمهما جميعاً لان المودع اذا مات مجهلا للوديعة يصير متملكا للوديعة فهذا ضمان ما أوجب بتملك أحدهما مايحتمل الشركة فيكون ملزما صاحبه ﴿فان قيل﴾ وجوب هذا الضمان بعد الموت ولا مفاوضة بينهما بعد الموت ﴿قلنا﴾ لا كذلك ولكنه لما أشرف على الموت وقد عجز عن البيان قد تحقق التجهيل وصار ذلك دينا عليه قبل موته * فان قال الحى ضاعت في يد الميت قبل موته لم يصدق لانه لاعقد بينهما بعد موت أحدهما وانما يجعل قول أحدهما كقول صاحبه بسبب العقد القائم بينهما ولان المودع بنفسه بعد ماصار ضامنا بالجحود ولو زعم انه كان هلك في يده لم يصدق فكذلك قول شريكه في ذلك لان قول المرء مقبول فيما هو أمين فيه لنفى الضمان عنه فأما فى إسقاط الضمان الواجب عليه غير مقبول وان كان الحي هو المستودع صدق لانه ماصار متملكا ولا ضامنا للوديعة مادام حيا بعد موت شريكه فانه قادر على ما التزمه فلهذا كان قوله مقبولا ﴿ فان قيل ﴾ أليس ان كل واحد منهما فيما يلزمهما مقبول الوديعة مثل صاحبه ﴿قلنا﴾ نعم ولكن التمليك عند الموت باعتبار اليد لان الأيدى المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك والوديعة فى يد المودع حقيقة لافى يد شريكه (وان قال اكلتها قبل موت صاحبي لزمه الضمان خاصة ولم يصدق على صاحبه) لان وجوب الضمان عليه باقراره وعند الاقرار لا مفاوضة بينهما وهو فى الانتهاء غير مصدق فى حق صاحبه الا ان

يقيم البينة انه أنفقها في حياة الميت والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فيكون عليهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف هو عليه خاصة . وأصل المسئلة اذا وجب على أحدهما ضمان بغصب أو استهلاك مال فعند أبي يوسف رحمه الله هذا نظير أرش الجناية لانه واجب بسبب ليس بتجارة ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة وهما قالا ضمان الغصب الاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به في الحال وهذا لانه وبدل مال محتمل للشركة وانما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان . قال (واذا أودع أحد المتفاوضين من مالهما وديعة عند رجل فادعى المستودع أنه قد ردها اليه أو الي صاحبه فالقول قوله مع يمينه) لانه مسلط على الرد على كل واحد منهما أمين فيه فانه كما يقوم أحدهما مقام صاحبه في الايداع فكذلك في الاسترداد فلهذا كان القول قول المودع مع يمينه فان جحد الذي ادعي عليه ذلك لم يضمن لقوله لشريكه شيئاً لان قول المودع مقبول في براءة نفسه عن الضمان لا في وصول المال الى من أخبر بدفعه اليه ألا ترى ان المودع لو كان وصيا فادعى المودع الرد عليه لا يغرم الوصي لليتيم شيئاً وكذلك لو أمره أن يقضي بالوديعة دينه فقال قد فعلت وقال صاحب الدين ما قضيت شيئاً فالقول قول المودع في براءته ودين الطالب علي المودع بحاله ولكن يحلف الشريك الذي ادعى المودع الرد اليه بالله ما قبضته لان شريكه يدعى عليه ضمان نصيبه بجحوده القبض ولو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر حلفه عليه (وكذلك) لو مات أحدهما ثم ادعي المستودع انه كان دفعه الى الميت منهما لانه بقي أمينا بعد موته ألا ترى ان قوله في الرد مقبول في حق ورثة المودع فكذلك في حق شريكه ثم يستحلف الورثة على العلم لان المورث لو كان حياً وأنكر القبض استحلف لشريكه فكذلك بعد موته الا أنه اذا كان حياً فانما يستحلف علي فعل نفسه والورثة يستحلفون علي فعل المورث بالقبض فقد بينا ان الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فان ادعى انه دفعه الى ورثة الميت فكذبوه وحلفوا انهم ماقبضوه فهو ضامن لنصف حصة الحي من ذلك لان في نصيب الميت كان له حق الدفع الي ورثته وقد أخبر بأداء الامانة في ذلك فأما نصيب الحي فليس له أن يدفعه الى ورثة الميت لانهم خلفاء الميت في حقه خاصة ولان المفاوضة قد انقضت بالموت فهو في نصيب الحي مقر بوجوب الضمان له على نفسه بدفعه الى ورثة الميت ثم يكون ذلك النصف بين الحي وورثة الميت نصفين

لان المودع لم يصدق في وصول شئ من المال الى ورثة الميت وانما يصدق فى براءته عن الضمان فيجعل ذلك النصف كالتاوى والمال المشترك مايتوى منه يتوى على الشركة ومابقى يبقى على الشركة (ولوقال دفعت المال الى الذى أودعنى بعدموت الذى يودعنى وحلف على ذلك فهو برىء من الضمان) لانه يدعي اداء الأمانة في الكل فان للمودع حق الرد على من قبض منه مالاكان أوغير مالك فرده عليه بعد انتقاض المفاوضة بينهما كرده فى حال قيام المفاوضة ولا يصدق على الزام الحي شيئا بعد ان يحلف ماقبضه فان كان المودع ميتا فقال المستودع قد دفعت المال اليكما جميعا الى الحي نصفه والى ورثة الميت نصفه وجحدوا ذلك فالقول قول المستودع مع يمينه وهو برىء لانه يخبر عن أداء الأمانة بايصال نصيب كل واحد منهما اليه فان أقر أحد الفريقين بقبض النصف شركه الفريق الآخر فيه لان باقراره يثبت وصول النصف اليه وبدعوى المودع لم يثبت وصول النصف الآخر الي صاحبه فيما يثبت القبض فيه يكون مشتركا وما وراء ذلك يكون تاويا قال (وان كانا حيين وقال المستودع قددفعت المال اليهما فأقر أحدهما بذلك وجحده الآخر فالمستودع برىء ولا يمين عليه) لان تصديق أحدهما واياه فى حال قيام المفاوضة كتصديقهما ولوصدقاه لم يكن عليه يمين وان افترقا ثم قال المستودع دفعته الى الذى اودعنى فهو بريء لان حق الرد على المودع باعتبار ان الوصول الى يده كان من جهته لا بقيام المفاوضة بينهما وان قال دفعته الي الآخر وكذبه ذلك ضمن نصف ذلك المال للذي اودعه لان بعد الفرقة ليس له حق دفع نصيب المودع الى شريكه وله حق دفع نصيب الشريك اليه فكان هو فى نصيب الشريك مخبرا بأداء الامانة وفى نصيب المودع مقرا بالضمان على نفسه يدفعه الي غيره ثم مايقبضه المودع يكون بينهما نصفين لان المودع غير مصدق في وصول نصيب الشريك اليه لما كذبه فجعل ذلك كالتاوى فكان مابقى بينهما نصفين وان صدقه الشريك بذلك فالمودع بالخيار ان شاء ضمن شريكه نصيبه لانه قبضه ولاحق له فيه وان شاء ضمن المودع لانه دفع نصيبه الى شريكه بعد انتقاض المفاوضة بينهما والدافع بغير حق ضامن كالقابض قال (وعارية المفاوض وأكل طعامه وقبول هديته في المطعوم واجابة دعوته بغير أمر شريكه جائز لابأس به) ولا ضمان على الداعى ولا على الآكل استحسانا وفي القياس ليس له ذلك لانه يتصرف في نصيب شريكه بخلاف ما أمره به فانه أمره بالتجارة والعارية والاهداء واتخاذ الدعوة ليس بتجارة

ولكنه استحسن فقال هذا من توابع التجارة وهما لا يجد التاجر منه بداً ألا ترى أن العبد المأذن يدعو المجاهدين الى طعامه ويهدى اليهم المطعوم ليجتمعوا عنده والمأذون غير مالك لشيء من المال انما هو تاجر والمفاوض تاجر مالك لنصف المال فلأن يملك ذلك كان أولى وذكر حديث سلمان الفارسي رضى الله عنه قال اهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا عبد قبل ان أكاتب فقبل ذلك مني وحديث الأخرس بن حكيم عن أبيه رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاب دعوة عبد وقال أبو سعيد مولي أبي أسيد رضى الله عنه قال عرست وأنا عبد فدعوت رهطا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم فيهم ابو ذر رضى الله عنه وعنهم فأجابوني قال (ولو كسا المفاوض رجلاثوبا أو وهب له دابة أو وهب له الفضة والذهب والامتعة والحبوب كلها لم يجز فى حصة شريكه) لانه تبرع وانما استحسن ذلك فى الفاكهة واللحم والخبز واشباه ذلك مما يؤكل لانه اهداء ذلك الى المجاهدين من صنيع التجار فأما في سائر الأموال الهبة ليس من صنيع التجار والمرجع فى معرفة الفرق بينهما الى العرف . قال (ولو اعار أحدهما دابة فركبها المستعير ثم اختلفا في الموضع الذى ركبها اليه وقد عطبت الدابة فانها صدقة فى الاعارة الى ذلك الموضع وبريء المستعير من ضمانها) لأن اقرار احدهما فيما هو مملوك لهما بحكم المفاوضة كاقرارهما. قال(ولو استعار أحدهما دابة ليركبها الى مكان معلوم فركبها شريكه فعطبت فهما ضامنان) لان ركوب الدابة تتفاوت فيه الناس وصاحبها انما رضى بركوب المستعير دون غيره فالآخر فى ركوبها غاصب ضامن اذا هلكت . وقدبينا أن مايجب من الضمان على أحدهما بحكم الغصب فالآخر مطالب به فان كان ركبها فى حاجتهما فالضمان فى مالهما لأن منفعة ركوبه ترجع اليهما فيما يجب من الضمان بسببه يكون فى مالهما لان الغرم مقابل بالغنم * وان ركب فى حاجة نفسه فهما ضامنان لما قلنا الا أنهما ان أداه من مال الشريك رجع الشريك على الراكب بنصيبه من ذلك لان منفعة الركوب حصلت للراكب فكان قرار الضمان عليه بمنزلة غصب اغتصبه أو طعام اشتراه فأكله وقد أدى الثمن من شركتهما فبقى الثمن دينا عليه * قال (واذا استعار أحدهما دابة ليحمل عليها طعاما له خاصة لرزقه الى مقام معلوم فحمل عليها شريكه مثل ذلك الى ذلك المكان من شركتهما أو لخاصتهما فلا ضمان عليه)من قبل أن التقييد الذى ليس بمفيد لا يكون معتبرا والضرر على

الدابة لا يختلف بحمل ما عين من الطعام أو مثله وفعل كل واحد منهما فى الحمل كفعل صاحبه ثم المستعير لو حمل عليها طعاما من شركتهما أو لغيرهما لم يضمن فكذلك شريكه. ألا ترى أن رجلا لو استعار من رجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فبعث بالدابة مع وكيل له ليحمل عليها الطعام فحمل الوكيل طعاما لنفسه انه لا يضمنه فللمفاوضة أوجب من الوكالة. وكذلك أحد المتفاوضين اذا استعارها ليحمل عليها عدل زطي فحمل عليها شريكه مثل ذلك العدل لم يضمن * ولو حمل عليها طيالسة أو أكسية كان ضامنا لاختلاف الجنس وللتفاوت فى الضرر على الدابة. قال (ولو حمل المستعير عليها ذلك ضمنه فكذلك شريكه) الا أنه ان كان ذلك من تجارتهما فالضمان عليهما لحصول المنفعة لهما. وان كانت بضاعة عند الذى حمل فالضمان عليهما لان الذى حمل عنه غاصب والآخر عنه كفيل ضامن ثم يرجع الشريك على الذى حمل بنصف ذلك اذا أديا من مال الشركة لانه لا منفعة له فى هذا الحمل فلا يكون عليه من قرار الضمان شئ. ولو استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها شريكه عشرة مخاتيم شعير من شركتهما لم يضمن لان هذا أخف على الدابة فلا يصير الحامل به مخالفا فى حق صاحب الدابة سواء كان المستعير هو الذى حمله أو شريكه. وكذلك لو كانا شريكين شركة عنان فاستعارها أحدهما فالجواب في هذا كالجواب فى الاول لأن وجوب الضمان باعتبار زيادة الضرر على الدابة فى الحمل ولم يوجد ذلك وان كان الاول استعارها ليحمل عليها حنطة رزقا لأهله فحمل عليها شريكه شعيرا له خاصة كان ضامنا لانه مستعمل لها بغير اذن مالكها وبغير اذن شريكه المستعير فان المستعير بن عند الاستعارة انه يستعيرها لمنفعة نفسه لان ما أعده رزقا لاهله يكون ملكا له خاصة وذلك بعدم رضاه بانتفاع الشريك بها فلهذا كان ضامناً. قال (واذا ادعى رجل أن أحد المتفاوضين باعه خادما فجحد ذلك المتفاوضان فللمدعى أن يحلف المدعى عليه البيع على الثبات وشريكه على العلم) لان كل واحد منهما لو أقر بما ادعاه المدعى كان اقراره ملزماً اياهما فاذا أنكر يستحلف كل واحد منهما لرجاء نكوله الا أن المدعى عليه البيع يستحلف على فعل نفسه فيكون يمينه على الثبات وصاحبه يستحلف على فعل الغير فيكون يميناً على العلم وأيهما نكل عن اليمين قضى بالجارية للمشترى بالثمن الذى ادعاه لان نكوله كاقراره واقرار أحدهما ملزم اياهما وكذلك لو ادعى توليـة أو شركة أو اجارة أو تسليم دين أو تسليم دار بالشفعة لان فيما هو من عمل

التجارة فعل أحدهما كفعلهما واقرار أحدهما ملزم للآخر فيحلف كل واحد منهما بدعوى المدعى فان ادعى شيئاً من ذلك عليهما جميعاً كان له أن يستحلف كل واحد منهما البتة لان كل واحد منهما الآن يحلف على فعل نفسه فأيهما نكل عن اليمين أمضى الامر عليهما. وان ادعى على ذلك أحدهما وهو غائب كان له أن يستحلف الحاضر على عمله فان حلف ثم قدم الغائب كان له أن يستحلفه البتة كما لو كانا حاضرين وان كان المفاوض هو الذى ادعى على رجل شيئاً من ذلك وحلفه عليه ثم أراد شريكه أن يحلفه أيضا لم يكن له ذلك والفرق من وجهين (أحدهما) أن المفاوض المدعى يكون نائباً عن صاحبه بمنزلة الوكيل وبعدما استحلف بخصومة الوكيل لا يستحلف بخصومة الموكل لان النيابة فى الاستحلاف صحيح واذا كانت الدعوى عليهما فلا يمكن أن يجعل المفاوض المدعى عليه نائباً عن صاحبه فى الحلف لان النيابة لا تجرى في اليمين فلهذا كان للمدعى أن يحلف الآخر (والثانى) أن الاشتغال بالاستحلاف فيما اذا كان مفيداً فأما اذا لم يكن مفيداً فلا يشتغل به وان كانت الدعوى من المتفاوضين فاستحلف المدعى عليه بخصومة أحدهما فلا فائدة فى استحلافه لخصومة الآخر لانه بعد ما حلف فى حادثة لخصومة انسان لا يمتنع من اليمين في تلك الحادثة لخصومة الاخر فأما اذا كانت الدعوى عليهما وحلف أحدهما كان استحلاف الآخر مفيداً لان أحدهما قد لا يبالي من اليمين والآخر يمتنع من ذلك اذ الناس يتفاوتون فى الجرأة على اليمين فلهذا كان للمدعي أن يستحلف الآخر بعد ما حلف أحدهما لرجاء نكوله. قال (وان ادعى على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش واستحلفه البتة فحلف له ثم أراد أن يستحلف شريكه لم يكن له ذلك ولا خصومة له مع شريكه) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فأما ما يلزم بسبب الجناية لا يكون الآخر كفيلا به. ألا ترى أنه لو ثبتت الجناية بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك شئ من موجبه ولا خصومة للمجنى عليه معه فكذلك لا يحلفه عليه لان الاستحلاف لرجاء النكول واقراره بالجناية علي شريكه باطل وكذلك المهر والجعل فى الخلع والصلح من جناية العمد اذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر لما بينا. قال (وان ادعى على أحد المتفاوضين مالا من كفالة وحوله عليه فله أن يحلف شريكه عليه أيضاً) فى قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له ذلك. وأصل المسئلة ان أحد المتفاوضين اذا كفل بمال فان ذلك يلزم شريكه فى

قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزم شريكه * وجه قولهما ان الكفالة تبرع بدليل أنه لا يصح ممن ليس من أهل التبرع كالمأذون والمكاتب وانه اذا حصل من المريض كان معتبراً من ثلاثة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بالتجارة دون التبرع . ألا ترى أن الهبة والصدقة من أحدهما لا تصح في حق شريكه فكذلك الكفالة . ولابي حنيفه رحمه الله طريقان (أحدهما) أن الكفالة من مقتضيات المفاوضة فان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه كما يكون وكيلا عن صاحبه فيما يجب على أحدهما بالكفالة دين واجب بما هو من مقتضيات المفاوضة فيكون ملزماً شريكه كما لو توكل أحدهما عن انسان بشراء شيء كان شريكه مطالباً بثمنه (والثاني) أن الكفالة تبرع في الابتداء ولكنها اذا صحت انقلبت مفاوضة . ألا ترى أن الكفيل يرجع بما يؤدي علي المكفول عنه اذا كفل بأمره وقد صحت الكفالة هنا والذي كفل صار مطالبا بالمال * ولما صحت الكفالة انقلبت مفاوضة وما يوجب على أحدهما بمفاوضة مال بمال يطالب بها الشريك كالدين الواجب بالشراء بخلاف كفالة المديون والمكاتب والمأذون والمريض فيما زاد على الثلث فان ذلك غير صحيح أصلا فلا يكون مفاوضة وقد يجوز أن يكون تبرعا في الابتداء مفاوضة في الانتهاء كالهبة بشرط العوض فانه تبرع في الابتداء ثم اذا اتصل به القبض من الجانبين كان مفاوضة واذا ثبت أن كفالة أحدهما يلزم شريكه عند أبي حنيفة رضى الله عنه . قال (يحلف الشريك على دعوى الكفالة بالمال لانه لو أقر به لزمها جميعاً فاذا أنكر يستحلف عليه) لانه مطالب بالمال لو ثبتت الكفالة على شريكه بالبينة فيستحلف عليه اذا أنكر بخلاف المهر والارش لانه غير مطالب به واذا ثبت السبب على شريكه بالبينة فلا يستحلف عليه أيضاً وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لو ثبتت الكفالة على شريكه بالبينة لم يكن هو مطالبا بالمال فلا يستحلف عليه أيضا* قال (وان كانت الكفالة من أحدهما بالنفس لم يلزم شريكه ولا يستلحف على ذلك اذا انكره بالاتفاق لان الكفالة بالنفس ليست بمال ولا يتحقق فيه معنى المفاوضة بحال فحكمه مقتصر علي من باشر سببه لان كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالمال الذي يحتمل الشركة والكفالة بالنفس لا تحتمل الشركة . قال (ولا تجوز المفاوضة بين المسلم والذمي في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز ذلك وهي مكروهة .

ووجه قوله ان كل واحـد منهما من أهل الوكالة والـكـفالة على الاطلاق فتصح المفاوضة بينهما كالمسـلمين والذميين وهذا لان مقتضي المفاوضـة والـكـفالة والوكالة فانما تشترط أهلية كل واحد منهما فى ذلك ثم كل واحد منهما مالك للتصرف بنفسه فـكان كل واحد منهما من أهـل المفاوضـة ألا ترى ان المفاوضـة تصح بين الذميين والمسـلمين فـكـذلك تصح بين المسلم والذمى ولا معتبر بتفاوتهما في التصرف من حيث ان المسـلم لايتصرف فى الخمر والخنزير والذمى يتصـرف فى ذلك . وهذا لان الذمى الذى هو شريك المسلم مفاوضة لايتصرف عندى في الخمر والخنزير ثم لامعتبر بالمساواة في التصرف ألا ترى أن المفاوضة تصح بين الكـتابى والمجوسى والمجوسى يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد فيها المالية والكتابى لايفعل وكذلك المفاوضة تصح بين حنفى المذهب وشافعى المذهب وان كان الحنفي يتصرف في المثلث النبيذ لانه يعتقد فيه المالية وشـافعيّ المذهب يتصرف فى متروك التسمية عمدا لانه يعتقد فيها المالية . ثم هذا التفاوت لايمنع صحة المفاوضة بينهما فـكـذلك المسلم والذمى وهما يقولان مبنى المفاوضة علي المساواة ولا مساواة بين المسلم والذمى فى التصـرف ولا فى محل التصرف وهو المال فان الخمر والخنزير مال متقوم في حق أهل الذمـة يجوز تصرفهم فيها بيعاً وشراء وسلما في الخمر وهي ليست بمال فى حق المسلم فتنعدم المساواة بينهما وبدون المساواة لاتـكون الشركة مفاوضة . ألاترى أن المفاوضة لاتصح بين الحر والعبد لانعدام المساواة بينهما قال قوله بأنه لا يتصرف فى الخمر والخنزير اذا كان مفاوضاً للمسلم قلنا المعنى الذى لأجـله كان ينفـذ تصرفه فى الخمر والخنزير اذا كان مفاوضا للمسلم هو اعتقاد المالية والتقوم فيه وذلك لاينعدم بالمفاوضة مع المسلم فلا بد من القول بنفوذ التصرف عليه وهذا بخلاف المفاوضة بين الـكـتابى والمجوسى لان من يجعل الموقوذة مالا متقوما فى حقهم لا يفصل بين الـكـتابى والمجوسى فيتحقق المساواة بينهما في التصـرف ﴿ فان قيل ﴾ لا يتحقق المساواة فان الـكـتابيّ يؤاجر نفسـه للذبح والتضحية والمجوسى لايؤاجر نفسـه لذلك لان ذبيحته لاتحل ﴿ قلنا ﴾ لا كـذلك بل كل واحد منهما أن يتقبل ذلك العمل علي أن يقيمه بنفسه أو بنائبة واجارة المجوسى نفسـه للذبح صحيح يستوجب به الأجر وان كان لاتحل ذبيحته فأما بين الحنـفى والشافعى تتحقق المساواة لان الدلالة قامت على أن متروك التسمية عمداً ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيـه من الحنفى والشافعى جميعاً لثبوت ولاية الالزام

بالحاجة له والدليل فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وانما كرهه أبو يوسف رحمه الله لان في المفاوضة الوكالة ويكره للمسلم توكيل الذمى بالتصرف له . قال (ولا تجوز المفاوضة بين الحر والعبد ولا بين العبدين ولا بين الحر والمكاتب ولا بين المكاتبين ولا بين الصبيين وان أذن لهما أبوهما) لان مبنى المفاوضة على الكفالة فان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه والعبد والمكاتب والصبي ليسوا من أهل الكفالة فلهذا لا يجوز المفاوضة بينهما لان كل واحد منهما غير مالك للتصرف بنفسه فان العبد يحجر عليه مولاه والصبي يحجر عليه وليه والمكاتب يعجز فيرد فى الرق والمقصود من المفاوضة التصرف والاسترباح فاذا لم يكن كل واحد منهما مالكا للتصرف بنفسه لا تجوز المفاوضة بينهما ثم تكون الشركة بينهما عنانا فى هذه المواضع لانهما أهل الشركة وانما فسدت المفاوضة خاصة فيبقى العنان وقد بينا ان العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً . قال (وان تفاوض الذميان جاز ذلك وان كان أحدهما نصرانيا والآخر مجوسيا) لان المساواة بينهما في الملك والتصرف تتحقق وكل واحد منهما من أهل الوكالة والكفالة فصحت المفاوضة بينهما . قال (وان شارك المسلم المرتد شركة عنان أو مفاوضة فهو موقوف عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه) ان قتل على ردته أولحق بدار الحرب بطل وان أسلم جاز لان من أصله ان التصرفات تتوقف بالردة على أن ينفذ بالاسلام أو تبطل اذا قتل أو لحق بدار الحرب والشركة من جملة تصرفاته فأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله شركة العنان منه صحيحة لان من أصلهما أن تصرف المرتد بعد ردته قبل لحاقه بدار الحرب نافذ فان قتل أو لحق بدار الحرب انقطعت الشركة لان فى القتل موتا ولحوقه بدار الحرب كموته والموت مبطل للشركة وأما المفاوضة فعلى ماقال أبو حنيفة رحمه الله لا يرد به توقف أصل الشركة عندهما بل المراد توقف صحة المفاوضة فأما أصل الشركة صحيح عندهما وانما توقف صفة المفاوضة عند محمد رحمه الله لان المرتد عنده فى التصرفات كالمريض وكفالة المريض مرض الموت معتبرة من ثلثه فلا يكون المرتد من أهل الكفالة المطلقة إلا أن يسلم فلهذا توقف صفة المفاوضة على اسلامه وعلى أصل أبى يوسف الكفالة وان كانت تصح من المرتد لانه بمنزلة الصحيح فى التصرف الا ان نفسه توقف بين أن تسلم له بالاسلام أو يتلف عليه اذا أصر على الردة فيكون في معنى المكاتب من هذا الوجه والمكاتب ليس من أهل المفاوضة فلهذا توقف المفاوضة منه . قال (وان شارك

المسلم المرتدة شركة عنان أو شركة مفاوضة جازت شركة العنان ولم تجز شركة المفاوضة إلا أن يسلم لان تصرف المرتدة نافذ فان المال باق على ملكها لان نفسها لم تتوقف بالردة حتى لاتقبل فكذلك في مالها الا انها كافرة فهي كالذمية ومن أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المفاوضة لاتصح بين المسلمة والذمية وتصح شركة العنان وهي مكروهة فكذلك في حق المرتدة قال (وينبغي في قياس قول أبي يوسف أن تكون المفاوضة جائزة مع الكراهة) لانه يجوز المفاوضة بين المسلمة والذمية فكذلك بين المسلمة والمرتدة وذكر عيسى بن أبان عن أبي يوسف رحمهما الله ان مفاوضتهما تتوقف كما تتوقف مفاوضة المرتد مع المسلم لانها وان كانت لاتقبل فانها تسترق واذا ألحقت بدار الحرب فنفسها موقوفة من هذا الوجه فلهذا تتوقف مفاوضتهما . قال (ولأحد المتفاوضين أن يكاتب عبداً من تجارتهما) لان المفاوضة في حق شريكه أعم تصرفا من الوصي في حق اليتيم وللوصي أن يكاتب فللمفاوض ذلك بطريق الاولى وبيان هذا أن إقرار أحد المتفاوضين صحيح في حق شريكه وإقرار الوصي بالدين على اليتيم غير صحيح ثم الكتابة من عقود الاكتساب وهو أنفع من البيع لان البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل الملك قبل الاداء وكل واحد من المتفاوضين بمنزلة صاحبه في اكتساب المال وان كانت الكتابة من التاجر الذى لا يملك شيئاً من العبد وهو الأب والوصي صحيحة فصحتها من التاجر الذى يملك نصف العبد وهو المفاوض أولى واذا ثبت ان لأحدهما أن يكاتب فله أن يأذن لعبده في التجارة بطريق الاولى فان كل واحد منهما فك الحجر والكتابة لازمة والاذن في التجارة ليس بلازم ولهذا كان للمأذون أن يأذن لعبده في التجارة وليس له أن يكاتب والاذن في التجارة من صنيع التجارة ومما يقصد به تحصيل المال وكل واحد من المتفاوضين في ذلك يقوم مقام صاحبه . قال (وليس لأحد المتفاوضين أن يعتق عبداً بمال أو بغير مال) لان ذلك تبرع أما العتق بغير مال فلا اشكال فيه وكذلك العتق بمال لان ذلك يتعجل زوال الملك عن العبد في الحال والمآل في ذمة مفلسة لايدرى أيقدر على الاداء أولايقدر فلم يكن ذلك من عقود الاكتساب فلهذا لايملك المفاوض في نصيب صاحبه وكذلك لايزوج عبداً من تركتهما لانه ليس في تزويج العبد تحصيل المال بل فيه تعييب رقبته من حيث الاشتغال بالمهر والنفقة فلايملك أحدهما في نصيب شريكه بدون اذنه وله أن يزوج الامة لان تزويج الامة من عقود

الاكتساب فانه يكتسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسه ولهذا يملك الأب والوصي تزويج أمة اليتيم ولا يملكان تزويج عبد اليتيم . قال (وليس لشريك العنان أن يكاتب لان كل واحد منهما وكيل صاحبه في التجارة والكتابة ليست من التجارة) وما يكون معتاداً بين التجار والكتابة ليست من هذه الجملة وكذلك لا يملك أحدهما تزويج الامة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله يملك ذلك وقد بينا هذا في كتاب النكاح . قال (واذا كان للمتفاوضين عبد تاجر فادانه أحدهما دينا من تجارتهما لم يلزمه من ذلك شيء) لان فعل أحدهما في الادانة كفعلهما ولان مالية العبد من شركتهما وما اداناه أو احدهما فهو من شركتهما أيضاً فلا فائدة في الايجاب في ذمته فلايشتغل بما لا يفيده شرعا (وكذلك في شركة العنان في البيع والشراء كل واحد منهما وكيل صاحبه في البيع بالنقد والنسيئة) والادانة بيع بالنسيئة ولا فائدة في ايجاب ذلك في ذمته متعلقا بماليته لان ماليته من شركتهما أما اذا كانا شريكين في عبد لهما خاصة فاذن لها في التجارة ثم ادانه كل واحد منهما ديناً فانه يلزمه نصف دين كل واحد منهما في حصة الآخر لان كل واحد منهما من حصة صاحبه كالاجنبي حتى لا يملك التصرف فيه فما ادانه كل واحد منهما نصفه في ملكه والمولى لا يستوجب على مملوكه ديناً ونصفه في ملك شريكه وهو يستوجب الدين فيه لكونه مقيداً فانه في ذلك النصف كاجنبي آخر ويجعل كل نصف من العبد كعبد على حدة (ومن ادان عبده وعبد غيره يثبت من دينه ما يخص عبد غيره دون ما يخص عبده) قال (وان كان العبد التاجر بين المتفاوضين فباعه أحدهما ثوبا من ميراث ورثه لزمه نصف ذلك الدين في نصيب الآخر) لان ما ادانه ليس من شركتهما وفيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه كالاجنبي . قال (ولو كان العبد ميراثا لاحدهما فأذن له الآخر في البيع والشراء لم يجز) لان العبد ليس من شركتهما فاذن صاحبه له في التجارة كاذن أجنبي آخر فان أذن له مولاه ثم ادانه الآخر ديناً من ميراثه خاصة لزمه ذلك كما لوادانه أجنبي آخر لان ما ادانه ليس من شركتهما وان اداناه من التجارة لزمه نصف ذلك لان فعل أحدهما في الادانة من مال التجارة كفعلهما فلا يجب عليه نصيب الاذن لانه ملكه ولا يستوجب المولى الدين علي عبده ويلزمه نصيب الآخر لانه أجنبي عن ماليته . قال (واذا استأجر أحد المتفاوضين أجيراً في تجارتهما أو دابة أو شيئاً من الاشياء فللمؤجر أن يأخذ بالاجر

أيهما شاء) لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا لحج الى مكة فحج عليها فللمكرى أن يأخذ بهأيهما شاء ان شاء المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء شريكه بكفالته عنه الا أن شريكه اذا أدى ذلك من خالص ماله يرجع به عليه لانه أدى ما كفل عنه بأمره وان أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى وهو النصف. وأما في شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذى استاجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه فان شركة العنان لا تتضمن الكفالة(وان أدى العاقد من مال الشركة رجع شريكه بنصف ذلك عليه اذا كان استأجره لخاصة نفسه وان كان استأجره لتجارتهما وأدى الاجر من خالص ماله رجع علي شريكه بنصفه) لانه وكيل عن صاحبه فى هذا الاستئجار وقد أدى الاجر من مال نفسه ولو كانت الشركة بينهما فى شئ خاص شركة ملك لم يرجع علي صاحبه بشئ مما أدى لانه ليس بوكيل عن صاحبه فى هذا الاستئجار . قال (ولو أجر أحد المتفاوضين عبدا من تجارتهما كان للآخر أن يأخذ الاجر) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب لهما بالتجارة وفعل أحدهما كفعل صاحبه وللمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لان التسليم مضمون علي الآخر والاخر مطالب عنه بكفالته بما يلتزمه بالتجارة وان أجر أحدهما عبداً له خاصة من الميراث لم يكن للآخر أن يأخذ الأجر لانه بدل ما ليس من شركتهما ألا ترى أنه لو باع هذا العبد لم يكن للآخر أن يأخذ الثمن وحكم المنفعة حكم العين ولم يكن للمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لما بينا أن فيما ليس من شركتهما كل واحد من صاحبه كالاجنبي ولا تفسد المفاوضة وان كان الاجر دراهم أو دنانير حتي يقبضها لان أحدهما انما فضل صاحبه بملك دين والدين لا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة فاذا قبضها فسدت المفاوضة لانه اختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة وذلك بعدم المساواة وكذلك كل شئ مما هو له خاصة باعه فليس لشريكه أن يطالب به ولا تفسد المفاوضة ما لم يقبض الثمن فاذا قبض وكان من النقود فسدت المفاوضة لما قلنا . قال (ولاحد المتفاوضين أن يشارك رجلا شركة عنان ببعض مال الشركة فيجوز عليه وعلي شريكه كان باذنه أو بغير اذنه) وان شاركه شركة المفاوضة باذن شريكه فهو جائز عليهما كما لو فعلا ذلك وان كان بغير اذنه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان وقد بينا اختلاف الروايات فى هذا

الفصل ويستوى ان كان الذى شاركه أباه أو ابنه أو أجنبياً عنه لان حكم الشركة واحد فلا يمكن التهمة فيه بسبب القرابة (وذكر) الحسن عن أبى حنيفة رحمة الله عليهما ان أحد شريكى العنان اذا شارك انساناً آخر شركة المفاوضة فان كان ذلك بمحضر من شريكه تصح مفاوضته وتبطل به شركته مع الاول وان كان بغير محضر من شريكه لم تصح مفاوضته لان مباشرته المفاوضة مع الثانى نقض منه لشركة العنان مع الاول فان المساواة بينهما لا تتحقق الا به ونقض أحد الشريكين الشركة بمحضر من صاحبه صحيح وبغير محضر منه باطل . قال (واذا أجر أحد المتفاوضين نفسه لحفظ شئ أو خياطة ثوب أو عمل معلوم بأجر واكتسب بهذا الطريق فهو بينهما لانه انما يستوجب الأجر لتقبل ذلك العمل وهو صحيح منه فى حق صاحبه) فما يكتسب به يكون بينهما ويجعل فعل أحدهما فيه كفعلهما بخلاف ما اذا أجر نفسه للخدمة لان البدل هناك يستوجبه بتسليم النفس ونفسه ليست من شركتهما فهو بمنزلة مالو أجر عبداً له ميراثاً . وأما شريك العنان اذا اكتسب بتقبل العمل وليس ذلك من شركتهما فانه يكون له خاصة ولانه وكيل صاحبه فى التصرف في مال الشركة وتقبل هذا العمل ليس بتصرف منه فى مال الشركة وكان شريكه فى ذلك كأجنبي آخر قال (ولأحد المتفاوضين أن يرهن عبداً من مال المفاوضة بدين من مال المفاوضة وبدين عليه خاصة من مهر أو غيره بغير اذن شريكه) لان المقصود من الرهن قضاء الدين فان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وله أن يوفي من مال الشركة هذا الدين وكذلك يرهن به الا انه اذا هلك الرهن حتى صار المرتهن مستوفيا للدين فان كان الدين من شركتهما فلا ضمان عليه وان كان الدين عليه خاصة يرجع شريكه عليه بنصف ذلك لانه قضى دينا عليه من مال مشترك وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين فلا ضمان عليه فى الزيادة لان الزيادة على قدر الدين امانة في يد المرتهن فان لأحد المتفاوضين أن يودع ولان الأب لو رهن بدين الولد عينا قيمته أكثر من الدين لم يكن ضامناً للزيادة وكذلك المفاوض وان رهن عبداً له خاصة بدين من المفاوضة وقيمته مثل الدين فهلك فهو بما فيه ويرجع بنصفه على شريكه لانه صار قاضياً دين المفاوضة بخالص ملكه وهو في نصيب صاحبه وكيل عنه فيرجع عليه بما أدى من دينه من خالص ملكه . قال (وان كان الدين من تجارتهما على رجل فارتهن أحدهما به رهنا جاز) سواء كان هو الذى ولى المبايعة أو

صاحبه لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى استيفاء الدين الواجب بالتجارة وكذلك فى الارتهان به وأما فى شركة العنان فلا يجوز لأحدهما أن يرهن شيئاً من الشركة بدين عليه خاصة الا برضا صاحبه كما ليس له أن يوفى ذلك الدين من مال الشركة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه فى التجارة فى ذلك المال له فى لا صرفه الى حاجة نفسه. قال (ولا يجوز ان يرتهن رهنا بدين لهما من الشركة على رجل الا أن يكون هو الذى ولي المبايعة أو يأمر من وليها منهما) اعتبارا للارتهان بالاستيفاء وليس له حق المطالبة بالاستيفاء لما وليه صاحبه الا باذنه فكذلك الارتهان وهذا لان الاستيفاء من حقوق العقد فيكون الى العاقد وكيلا كان أو مالكا . قال (ولا يجوز لأحدهما أن يرتهن رهنا بدين ولياه جميعا) لان فيما وجب بعقد صاحبه هو لايملك الاستيفاء فلا يصح ارتهانه به ولو جاز فى نصيبه كان مشاعاً والشيوع يمنع صحة الرهن فان فعل وهلك الرهن وقيمته مثل الدين ذهب نصف الدين وضمن نصف الرهن فى ماله خاصة لان الفاسد من الرهن معتبر بالجائز فى حكم الضمان فكما أن المقبوض بحكم الرهن الجائز يكون مضمونا بقدر الدين فكذلك المقبوض بحكم الرهن الفاسد (وطعن) عيسى رحمه الله في هذه المسألة وقال الصحيح ان يذهب نصف الدين ولا يضمن شيئاً آخر لانه فى نصيب صاحبه أجنبي وضمان الرهن ينبنى على يد الاستيفاء فاذا لم تثبت له يد الاستيفاء في نصيب صاحبه لايثبت الضمان فى ذلك النصف كمن ارتهن بدين لرجل على آخر ان يكون هو عدلا فيه ان أجازه صاحب الدين ضمنه وان لم يجزه فلا شئ عليه فهلك الرهن فى يده قبل أن يجيزه صاحب الدين لم يضمن القابض شيئاً وما ذكره فى الكتاب أصح لانه قبض الرهن هنا على جهة استيفاء الدين فلا يكون صاحبه راضياً بالتسليم اليه بدون هذه الجهة وفي مسئلة العدل بشرط انه لم يخبر صاحبه فلا شئ عليه وباعتبار هذا الشرط يتحقق رضا صاحب الرهن بقبضه لا على وجه الاستيفاء فلهذا لايضمن شيئاً ثم يكون للآخر أن يطالب المديون بنصيبه من الدين لانه لم يصر نصيبه من الدين مستوفى بهلاك الرهن . قال (واقرار أحد المتفاوضين بالرهن والارتهان جائز كما يصح اقراره بالايفاء والاستيفاء) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى ذلك ومن ملك مباشرة الشئ بالاقرار به لانتفاء التهمة فان أقر بذلك بعد التصرف أو موت أحدهما لم يجز اقراره على صاحبه لان الشركة قد انقطعت بينهما وقيامه مقام صاحبه في الاقرار كان بحكم

الشركة فلا يبقى بعد انقطاع الشركة بينهما . قال (ويجوز اقرار شريك العنان بالارتهان فيما تولاه عليه وعلى شريكه) لان حق القبض اليه فيما تولى سببه فكما يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك اقراره بالارتهان وفيما وليه صاحبه ولا يجوز اقراره بالاستيفاء فى نصيب صاحبه ويجوز فى نصيبه استحسانا لان الموكل اذا قبض الثمن بتسليم المشترى اليه صح قبضه استحسانا وكذلك اقراره بالاستيفاء حقيقة أو بالارتهان يكون صحيحاً في نصيبه دون نصيب صاحبه . قال (وما غصبه المفاوض أو استهلكه أو عقد دابة أو احرق ثوبا فلصاحبه أن يضمن أيهما شاء) وقد بينا هذا الا أن حاصل الضمان يكون على الفاعل خاصة حتى لو أدى الآخر من مال الشركة رجع عليه بنصفه الا أن هذا الفعل لم يكن هو فيه قائما مقام شريكه ولا مأذونا له من جهته فيه فان الغصب ليس بتجارة وبثبوت الملك في المغصوب يتحقق شرط تقرر الضمان فأما الواجب ضمان الفعل فيكون على الفاعل خاصة واذا أدى غيره عنه بحكم الكفالة رجع عليه بخلاف الشراء الفاسد فان الضمان الواجب به ضمان العقد والفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما ان مايجب بالصحيح من التجارة يكون عليهما واذا أداه أحدهما من مال الشركة لم يرجع به على صاحبه فكذلك مايجب بالشراء الفاسد. قال (ولو كان عند أحدهما وديعة فعمل بها أو كانت مضاربة فخالف فيها كان الربح لهما) لان حصول الربح بطريق التجارة وفعل أحدهما فيه كفعلهما ولصاحبه أن يضمن أيهما شاء لمعنى الكفالة بينهما كما فى ضمان الغصب والاستهلاك . قال (واذا غصب شريك العنان شيئاً أو استهلكه لم يؤخذ به صاحبه) لان على صاحبه ليس بكفيل عنه وان اشترى شيئاً شراء فاسداً فهلك عنده ضمنه ورجع على صاحبه بنصفه لانه وكيل صاحبه بالشراء وما يجب على الوكيل بالشراء الفاسد والصحيح يستوجب الرجوع به على صاحبه لانه عامل له بأمره فان مطلق التوكيل يتناول الجائز والفاسد من التصرف . قال(ولو كفل أحد المتفاوضين عن رجل بمهر أو بارش جناية فهو بمنزلة كفالته بدين آخر لايؤاخذ به شريكه) فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه يؤاخذ به لان الواجب على المفاوض بسبب الكفالة لا بسبب النكاح والجناية والارش والمهر فى حقهما كسائر الديون بخلاف المهر والارش الواجب على أحد المتفاوضين فان وجوب ذلك بسبب النكاح والجناية والشريك غير متحمل فيه مايجب لهذا السبب ولهذا لايؤاخذ واحد من المتفاوضين

بنفقة امرأة شريكه ولا متعتها ولا بنفقة يفرضها الحاكم عليه لذوي ارحامه لان وجوب ذلك بسبب لا يحتمل الشركة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يجب باعتبار سبب يحتمل الشركة. قال (وان أقر أحد المتفاوضين بدين عليه لامرأته غير المهر من شراء أو قرض لم يلزم شريكه منه شيء) في قول أبي حنيفة رحمه الله ويلزم المفاوض المقر خاصة وكذلك اقراره لكل من لا تجوز شهادته له من آبائه وأولاده وعبيده ومكاتبيه في قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما اقراره لهؤلاء جائز عليهما ماخلا عبده ومكاتبه وأصل المسألة في الوكيل بالبيع أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يبيع بمطلق الوكالة من واحد من هؤلاء وعندهما يجوز بيعه من هؤلاء الا من عبده ومكاتبه فمن أصلهما ان الاملاك بينهما متباينة فيكون لكل واحد منهما ولاية ايجاب الحق لصاحبه في ملك الغير عند تسليط من له الحق كما في حق الاجانب ولا يكون منهما في ذلك باعتبار مابينهما من القرابة بخلاف العبد فكسبه ملك هؤلاء وللمولى حق الكسب في ملك المكاتب فلا يكون متهما في حق نفسه فكذلك في حق مكاتبه وعبده وبخلاف الشهادة فان التسليط ممن له الحق غير موجود هناك اذا ثبت هذا في التوكيل فكذلك في الاقرار أو كل واحد من المتفاوضين يوجب الحق للمقر له في مال صاحبه بتسليطه فامرأته وأبوه في ذلك كأجنبي آخر وأبو حنيفة رحمه الله يقول هو متهم في حق هؤلاء بدليل ان شهادته لهم لا تصح موجبة للحكم والانسان انما يملك الحق للغير في مال الغير عند تسليطه بصفة الامانة فلا يملك في حق هؤلاء لتمكن تهمة الميل اليهم كما في حق العبد والمكاتب ولكن هذه التهمة في نفوذ اقرار المفاوض على شريكه لا في نفوذ اقراره على نفسه فلهذا لزم المال المقر خاصة. قال (وكذلك لو أقر لامرأته وهي بائنة معتدة منه) وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله يجوز اقراره لها في حق شريكه وأصله في الشهادة فانه اذا شهد للمبانة وهي تعتد منه قبلت الشهادة في رواية الحسن رحمه الله لانقطاع السبب الممكن للتهمة وهو النكاح كما بعد انقضاء العدة وفي ظاهر الرواية لا تقبل شهادته لها لان العدة حق من حقوق النكاح فبقاؤها كبقاء أصل النكاح ألا ترى ان في نكاح أختها وأربع سواها جعلت هذه العدة كالنكاح (وكذلك) في استحقاق النفقة والسكنى ووقوع طلاقه عليها فكذلك في المنع من قبول شهادته لها وفي امتناع صحة اقراره لها في حق الشريك. قال (ولو كان النكاح فاسداً وقد

دخل بها فان أقر لها بمهرها لم يلزم شريكه لان وجوب المهر بسبب لا يحتمل الشركة فاسداً كان النكاح أو صحيحاً) وان أقر لها بدين غير المهر لزمهما جميعا لان هذه العدة ليست من حقوق النكاح ولكنها تجب لاشتغال الرحم بالماء ألا ترى أنها لا تستحق النفقة والسكنى باعتبارها وانه لا يقع عليها طلاقه (وكذلك) لو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين لزمهما جميعاً وان كانت في عدته لان هذه العدة ليست من حقوق النكاح ألا ترى أنها لا تستحق النفقة والسكنى باعتباره وكذلك لا تمنع من الخروج والسوق في هذه العدة بخلاف عدة النكاح وانه لا يقع عليها طلاقه وللمولى أن يتزوج أربعا سواها فى هذه العدة بخلاف عدة النكاح فلهذا كانت كالاجنبية فى حكم الشهادة والاقرار لها حتى يثبت المقر به فى حقهما ويجوز اقراره عليهما جميعاً لام امرأته وولدها من غير اعتبار الاقرار بالشهادة . قال (ولا يجوز اقرار المرأة المفاوضة بالدين لزوجها على شريكها كما لا يجوز شهادتها له) ويجوز اقرارها بالدين لابوى زوجها وولده من غيرها عليها وعلى شريكها كما يجوز شهادتها . قال (واذا اعتق أحد المتفاوضين عبداً من شركتهما فالقول فيه كالقول فى غير المفاوض) لان العتق ليس مما تقتضيه المفاوضة وقد بينا حكم اعتاق أحد الشريكين العبد المشترك فى كتاب العتاق . قال (واذا افترق المتفاوضان ثم قال أحدهما كنت كاتبت هذا العبد فى الشركة لم يصدق على ذلك) لانه أقر على صاحبه بما لا يملك انشاءه فى الحال وصحة اقرار المقر فى حق الغير باعتبار ملكه للانشاء ولكن اقراره في نصيب نفسه صحيح فيكون ذلك كانشاء مكاتبته وليس لشريكه أن يرده لدفع الضرر عن نفسه بعد ما يحلف على علمه لانه لو أقر بما أقر به على شريكه صار العبد كله مكاتباً فاذا أنكر يستحلف عليه ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فيحلف بالله ما يعلم انه كاتب فى المفاوضة وكذلك ان أقر أنه اعتقه فى الشركة معناه ان اقراره يصح فى نصيب نفسه خاصة ولا يشتغل باستحلاف الآخر هنا لانه لو انشأ العتق فى حال بقاء الشركة لم ينفذ في نصيب شريكه فكذلك اذا أقر به بعد الافتراق بخلاف الكتابة . قال (فان تفرقا وأشهد كل واحد منهما على صاحبه بالبراءة من كل شركة ثم قال أحدهما قد كنت أعتقت هذا العبد فى الشركة وقد دخل نصف قيمته فيما ترتب اليك مرة فصدقه الآخر في عتقه وقال كنت اخترت استسقاء العبد فالقول قول الذى لم يعتق) لان الخيار اليه في تعيين محل حقه فلا يملك المقر

ابطال هذا الحق عليه ولان مالية نصف العبد عرفناه حقاً له والمقر يريد اسقاط حقه بما ذكر فلا يقبل قوله الا بحجة وعلي المنكر اليمين فاذا حلف كان له أن يستسعى العبد في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا شئ له علي الشريك لاقراره انه باختيار الاستسعاء وذلك موجب براءة المعتق عن الضمان بالبراءة . قال (فان قال قد كنت اخترت ضمانك فقد برئ من الضمان بالبراءة) لانه حقه تقرر فى ذمته بزعمه وبرئ العبد من ذلك وقد صار مبرئا شريكه بالاشهاد على البراءة من كل شركة وان قال ما كنت اخترت شيئاً فأنا على خيارى كان القول قوله لان الخيار كان ثابتاً له والاختيار حادث من قبله فاذا أنكره كان القول قوله ولكن له أن يستسعى العبد وليس له أن يضمن الشريك لاجل البراءة فانه لو تقرر ضمان نصيبه فى ذمته باختياره تضمينه سقط ذلك بالاشهاد على البراءة فقبل تقرر الضمان لان يستفيد البراءة منه بالاشهاد على البراءة أولى واذا سقط حقه فى تضمينه تعين في استسعاء العبد كما لو أعتقه برضاه وان أقام المقر البينة انه قد كان اختار ضمانه جعل الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فيبرأ هو من ذلك ولا شئ على العبد وان قال الشريك لم يعتقه الا بعد الفرقة كان القول قوله أيضاً لان الاعتاق حادث فيحال به على أقرب الاوقات ولا يصدق المقر فى الاسناد الا بحجة فان أقام المعتق البينة انه أعتقه فى المفاوضة وضمن له نصف قيمته وأقام الآخر البينة انه أعتقه بعد الفرقة واختار سعاية العبد فالبينة بينة المعتق وبرئ هو والعبد من نصف قيمته لانه أثبت بينته بسبق التاريخ فى الاعتاق وأبقى مالزمه من الضمان به والشريك ببينته ينفي ذلك والبينات للاثبات فيترجح بزيادة الاثبات . قال (ولو أقر أحدهما انه كاتب عبداً على الف درهم فى الشركة وقبضها منه ومات العبد فقد دخل فيما برئت اليك منه وقال (الآخر بل كاتبته بعد الفرقة فالقول قول الذى لم يكاتب) لان المكاتب يدعى سبق التاريخ في عقده فلا يصدق الا بحجة والقول قول المنكر مع يمينه على علمه فاذا حلف يأخذ نصف الالف من المقر لانه أخذه من كسب العبد وقد كان مشتركا بينهما بعد الفرقة وان كان العبد مات وترك مالا كثيراً فقال المكاتب كاتبته بعد الفرقة وأنا وارثه وقال الآخر كاتبته فى المفاوضة ونحن وارثاه جميعاً ولم يرد المكاتب شيئاً بعد فالقول قول الذي لم يكاتب لان ملكه فى نصف المكاتب كان ظاهراً وذلك يوجب الملك له فى نصف الكسب فالشريك بما قال يدعى عملك ذلك عليه فعليه البينة وهو منكر ذلك فالقول قول

الذى لم يكاتب مع يمينه فاذا حلف كان مكاتباً بينهما وقد مات فيأخذ ان المكاتبة من تركته والباقى ميراث قال لان ولاءه لهما . قال (ولو مات المتفاوضان واقتسم الورثة جميع ما تركا ثم وجدوا مالا كثيراً فقال أحد الفريقين كان هذا في قسمنا لم يصدقوا على ذلك الا ببينة) لانهم تصادقوا على ان هذا المال كان مشتركا فى الاصل فدعوى أحد الفريقين للاختصاص به بعد ذلك لا يقبل في حق الآخر الا بحجة وعلى الفريق الآخر اليمين فاذا حلفوا كان بينهما نصفين وان كان في أيديهم صدقوا ان كانوا قد أشهدوا بالبراءة لان سبب اختصاصهم بما فى أيديهم قد ظهر وهو الاشهاد بالبراءة العامة وان كانوا لم يشهدوا بالبراءة فهو بينهم جميعا بعد مايحلف الآخرون ما دخل هذا فى قسم هؤلاء لانا عرفناه مشتركا فى الاصل فانما يستحق ذو اليد باعتبار يده مالم نعلم فيه حقا لغيره فأما اذا كان معلوما فلا يستحق باعتبار يده بل بالاشهاد على البراءة وذلك غير موجود وهذا لان دعوى البعض فيما في يد الغير كدعوى الدين في ذمته وبعد الاشهاد على البراءة المطلقة لا تسمع منه دعوى مافي ذمته مطلقاً فكذلك لا تسمع منه دعوى مافى يده بخلاف ماقبل الاشهاد على البراءة . قال (ولو كان فى يد أحد الفريقين مال فقالوا هذا لابينا قبل المفاوضة لم يصدقوا على ذلك) لانهم قائمون مقام مورثهم ولو ادعى المورث ذلك فى حياته لم يسمع ذلك منه وكان مافى يده بينه وبين صاحبه نصفين كما هو مقتضى المفاوضة فكذلك دعوي الورثة بعده فان كانوا قد أشهدوا بالبراءة مما كان فى الشركة ثم أقروا بهذا وللفريق الآخر نصفه لان الاقرار حجة فى حق المقر وقد زعموا ان هذا مالم يتناوله البراءة لانه لم يكن من الشركة وكان حكم هذا المال بعد الاشهاد على البراءة كما قبله وان كانت البراءة مما كان في الشركة وغيره فلاحق لهم فيه لانه دخل فى البراءة بهذا اللفظ سواء كان من شركتهما أو من غير شركتهما . قال(وكل ما اشتري أحد المتفاوضين من التجارة وغيرها فهو بينه وبين شريكه) الا انى أستحسن فى كسوته وكسوة عياله وقوتهم من الطعام والادام أن يكون له خاصة دون شريكه لان مقتضى المفاوضة المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما جميعاً والقياس في الطعام والكسوة والادام كذلك فان شراء ذلك من عقود التجارة ولكنه استحسنه فقال هذا مستثنى من قضية المفاوضة لان كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته الى ذلك فى مدة المفاوضة ومعلوم ان كل واحد منهما لم يقصد بالمفاوضة أن تكون نفقه ونفقة عياله على شريكه وقد كان يعلم انه لا يتمكن من تحصيل

حاجته من ذلك الا بالشراء فصار كل واحد منهما مستثنياً هذا المقدار من تصرفه كما هو من مقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء بالشرط ولان سبب المفاوضة انما يجب المساواة شرعا فيما يتمكن كل واحد منهما من الوقاية وذلك فيما سوى الطعام والكسوة والادام فان اشترى أحدهما شيئاً من ذلك كان له خاصة وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء لان المشترى باشر سبب الالتزام والآخر كفل عنه ما لزمه بالشراء بسبب الشركة فاذا أداه أحدهما من مال الشركة رجع المؤدى على المشترى بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان عليه خاصة وقد قضى من مال الشركة وان كانت الاشياء في يد أحدهما فجحد المفاوضة فقد وقعت الفرقة لجحوده لان كل واحد منهما ينفرد بفسخ الشركة بمحضر من صاحبه فجحوده يكون فسخاً لانه ينفي بالجحود عقد الشركة بينهما فيما مضى ومن ضرورة ذلك بعينه في الحال وهو ضامن لنصف جميع ما في يده اذا قامت البينة على المفاوضة لانه كان أميناً في نصيب صاحبه فبالجحود يصير ضامنا كالمودع اذا جحد الوديعة وكذلك لو جحد وارثه بعد موته لان نصيب الآخر في يد وارث الميت أمانة فبالجحود يصير ضامنا فان ماتا وأوصى كل واحد منهما الى رجل فوصيّ كل واحد منهما يطالب بما ولى موصيه مبايعته لانه قائم مقام الموصي وقد انقطعت الشركة بموتهما ولا يطالب بالدين الا من هو قائم مقام الذي ولى المبايعة فاذا قبضه فلا ضمان عليه في ذلك ولا على الورثة بعد أن يكونوا مقرين بالمفاوضة كما لو كان الموصي قبض بنفسه وهو مقر بالمفاوضة كان أميناً في نصيب صاحبه. قال (واذا اشترى أحد المتفاوضين جارية لخاصة نفسه ليطأها فان كان اشتراها بغير أمر شريكه فهي بينهما) وليس له أن يطأها لان هذا الشراء ما صار مستثنى من مقتضى الشركة وانه ما كان يعلم وقوع الحاجة اليه الا عند الشركة فيقع على مقتضي الشركة وليس لاحد الشريكين وطء الجارية المشتركة وان اشتراها باذن شريكه وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء ويحتسبان به فيما بينهما من حصة الذى اشتراها بمنزلة ما يشتريه من الطعام والكسوة لنفسه وعياله (وذكر) في الجامع الصغير أن الجارية للمشترى بغير شئ في قول أبي حنيفة رحمه الله وله أن يطأها وأيهما نقد الثمن لم يرجع على صاحبه بشئ منه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اديا الثمن من مال الشركة فللشريك أن يرجع على المشترى بحصته من الثمن * فتبين بما ذكر هناك ان الجواب المذكور في كتاب الشركة

قولهما. وجه قولهما انه اختص بملكها بالشراء فيلزمه ثمنها لان الثمن بمقابلة الملك فاذا اداه من مال الشركة رجع شريكه عليه بحصته من ذلك كما فى الطعام والكسوة وهذا لان اعتبار اذن الشريك ليصير به هذا العقد مستثنى من مقتضى الشركة فاذا وجد التحق بالمستثنى بدون اذنه وهو الطعام والكسوة وأبو حنيفة رحمه الله يقول صار مشتريا الجارية على الشركة وقد نقد الثمن من مال الشركة فلا يرجع عليه شريكه بشيء منه كما لو اشتراها بغير أمر شريكه وهذا لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها. ألا ترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما فى ملك المشترى لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة ولكن تأثير اذن شريكه في تمليك نصيبه من المشترى بعد الشركة فيكون واهبا لنصيبه من شريكه * ولو انهما اشتريا جارية ثم وهب أحدهما نصيبه من صاحبه كانت الجارية له خاصة يطأها والثمن عليهما فهذا مثله يقرره ان أذن الشريك عليهما معتبر فيما لا يثبت بدون اذنه وشراء أحدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك فى المشترى يكون لهما والثمن عليهما بدون اذن الشريك فعرفنا ان اعتبار اذنه فى القرار المشترى بملك الجارية ولذلك طريقان إما بنفس الشراء وذلك غير ممكن مع قيام الشركة بينهما واما بهبة أحدهما نصيبه من صاحبه وذلك ممكن فيجب تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن ويجعل هذا الطريق المتعين لتحصيل مقصودهما كتصريحهما به بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى من مقتضى الشركة فكان الملك في المشترى للمشترى خاصة بعقد الشراء فلهذا كان الثمن عليه خاصة. قال (فان كان اشتراها بامر صاحبه فوطئها ثم استحقت للمستحق أن يأخذ بالعقد أيهما شاء) لانه دين وجب على أحدهما بسبب التجارة وهو الشراء فانه لولا الشراء لكان الواجب عليه الحد بخلاف ما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم استحقت لان وجوب العقر عليه هناك باعتبار النكاح والنكاح ليس من التجارة فى شيء والدليل على الفرق ان العبد المأذون يؤاخذ بالعقر بسبب الشراء فى الحال ولا يؤاخذ بالعقر بسبب النكاح حتى يعتق. قال (واذا باع أحدهما جارية من تجارتهما بنسيئة لم يكن لواحد منهما أن يشتريها باقل من ذلك قبل استيفاء الثمن) لان فعل أحدهما فى البيع كفعلهما ولان أحدهما بائع والآخر تبع له ومن باع أو بيع له لم يجز شراؤه باقل من الثمن الاول قبل النقد. وان وهب البائع الثمن للمشترى أو أبرأه منه جاز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن نصيب صاحبه لانه في نصيب صاحبه وكيل بالبيع والوكيل بالبيع

اذا أبرأ المشترى عن الثمن أو وهبه له قبل القبض جاز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكان ضامنا مثله للموكل ولم يجز ابراؤه في قول أبي يوسف رحمه الله فكذلك هذا في نصيب الشريك وهذا لان الهبة والابراء ليس مما تقتضيه المفاوضة * وان كان الشريك هو الذي وهب الثمن من المشترى جاز فى نصفه لانه مالك لنصيبه فيجوز اسقاط الثمن باعتبار ملكه كالموكل اذا أبرأ المشترى فأما في نصيب البائع الشريك ليس بمالك ولا عاقد فلا تصح هبته وان أقاله البيع جاز عليه وعلي الذى ولى البيع لان الاقالة من صنيع التجار فكان من مقتضيات المفاوضة فان الاقالة كالبيع الجديد ولهذا تصح من الاب والوصي وكذلك يصح من المفاوض والشريك شركة عنان • قال (ولو أسلم أحد المتفاوضين دراهم في طعام جاز ذلك عليهما) لانه شراء بنسيئة وهو من صنيع التجار ففعل أحد المتفاوضين كفعلهما وكذلك لو تعين أحدهما عينة عينة وصورة العينة أن يشترى عينا بالنسيئة با كثر من قيمته ليبيعه بقيمته بالنقد فيحصل له المال وهذا من صنيع التجار بفعل أحد المتفاوضين فيه كفعلهما وهذا بخلاف أحد شريكى العنان وقد بينا ان هناك انما يملك كل واحد منهما الشراء بالنسيئة اذا كان فى يده من مال الشركة جنس ذلك الثمن فأما اذا لم يكن فشراؤه بالنسيئة استدانة على المال وولاية الاستدانة لا تستفاد بشركة العنان وتستفاد بالمفاوضة • قال (ولو قبل أحد المتفاوضين رأس مال أسلم اليه صاحبه فى طعام كان جائزاً على شريكه) لان قبول السلم من صنيع التجار ﴿ فان قيل ﴾ كيف يصح هذا والتوكيل بقبول السلم لا يصح وكل واحد منهما وكيل فى حق صاحبه فانما ينفذ من تصرفه على صاحبه ماينفذ من الوكيل على الموكل ﴿ قلنا ﴾ هذا فى شركة العنان هكذا فأما المفاوضة فكل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما هو من تجارة وقبول السلم من التجارة يوضحه ان قبول السلم تبع مافى ذمته والتزام ضمان مافى الذمة بمال يأخذه فهو بمنزلة ما لو أجر نفسه بعمل من خياطة أو نحوها وقد بينا ان ذلك ينفذ منه في حق شريكه المفاوض حتى يطالب به فكذلك قبول السلم • قال (واذا باع أحد المتفاوضين عبدا بنسيئة ثم مات لم يكن لصاحبه أن يخاصم فيه) لان الشركة انقطعت بينهما بالموت فانما تبقى ولاية المطالبة والخصومة بالعقد وذلك الى العاقد أو الي من قام مقامه بعد موته من وصى أو وارث ولكن ان أعطاه المشترى نصف الثمن برئ منه لان نصف الثمن ملكه اذا قبضه وصى الميت يلزمه دفعه اليه فاذا دفعه المشترى اليه بنفسه برئ

استحسانا كالمشترى من الوكيل اذا دفع الثمن الي الموكل يبرأ استحسانا . قال (واذا باع أحدهما من صاحبه ثوبا من الشركة ليقطعه جاز) لان هذا بيع مقيد فان الثوب قبل هذا البيع من الشركة بينهما وبعد هذا البيع يختص المشتري بملكه فانه لو اشتري ثوبا لكسوته من أجنبي يختص بملكه وكذلك اذا اشتراه من صاحبه والشراء اذا كان مقيداً كان صحيحا كالمولى اذا اشترى شيئاً من كسب عبده المأذون المديون لنفسه أو رب المال اذا اشترى شيئاً من مال المضاربة من المضارب كان صحيحاً . قال (وكذلك لو باعه جارية ليطأها أو طعاما يجعله رزقا لاهله فهذا البيع مفيد يجب به الثمن) ثم نصف الثمن له ونصفه لشريكه كما لو باعه من أجنبي آخر . قال (واذا اشترى شيئاً من ذلك أحدهما من صاحبه للتجارة كان باطلا) لان هذا العقد غير مقيد فان العين قبل هذا العقد من شركتهما وبعده كذلك والعقد اذا لم يكن مقيداً كان باطلا لان العقود الشرعية أسباب مشروعة للفائدة فاذا خلت منها كانت لغواً واللغو لا يكون مشروعا * وان كان لاحدهما عبد ميراث فاشتراه الآخر للتجارة كان جائزا لانه مفيد فانه يدخل به في المفاوضة مالم يكن فيها ولا يفسد المفاوضة حتي يقبض الثمن لان اختصاصه قبل القبض بملك الدين فاذا قبض الثمن فقد اختص بملك مال يصلح ان يكون رأس مال في الشركة فتبطل المفاوضة (وكذلك) ان كانت أمة لاحدهما ميراثا اشتراها الآخر منه ليطأها . قال (واذا ارتد أحد المتفاوضين ولحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة بينهما) لان القاضي لما قضى بلحاقه بدار الحرب حتي يقسم ماله بين ورثته والمفاوضة تبطل بالموت حقيقة فكذلك اذا فقد موته حكما ولانه صار حربيا ولا عصمة بين الحربي في دار الحرب والمسلم فى دار الاسلام ألا ترى ان ابتداء المفاوضة بينهما لا يجوز وكذلك لا يبقى وان رجع مسلما قبل ان يقضى القاضي بلحاقه كان على الشركة لان اللحاق بدار الحرب قبل ان يتصل به قضاء القاضي بمنزلة الغيبة فلا تقطع الشركة ولانه بمنزلة التوكيل لصاحبه والوكالة لا تبطل بردة الوكيل ولحاقه ما لم يقض القاضي به وكذلك المفاوضة وشركة العنان فان حكم الحاكم بلحاقه بدار الحرب ثم رجع مسلما فلا شركة بينهما لانها قد انقطعت بتمويت القاضي اياه حين قضي بلحاقه وفي ردة الوكيل والموكل اختلاف وكلام قد بيناه في كتاب الوكالة . قال (واذا ارتد ولم يلتحق بدار الحرب ثم أقر بدين ثم قتل على ردته لم يلزمه ذلك الدين فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى)

لان الاقرار تصرف منه فى حال ردته وكان موقوفا عنده ويبطل إذا قتل كسائر تصرفاته وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يلزمه كما يلزم شريك العنان لان عندهما شركة العنان تصح من المرتد فكذلك تبقى بعد ردته وأما المفاوضة فتوقف من المرتد عندهما اذا باشره ابتداء وكذلك اذا ارتد بعد المفاوضة يتوقف من المرتد عندهما تلك الزيادة فاذاقتل أولحق بدار الحرب بطلت الزيادة وانما بقيت شركة العنان بينهما الى وقت موته . قال (وبيع أحد شريكى العنان وشراؤه واقراره بالدين بجهة التجارة جائز على شريكه) وكذا اذا فعل المرتد ذلك وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ان أقر المسلم منهما بدين لزمه ذلك فى حقه وتوقف أمر المرتد فان أسلم لزمه ما أقر به المسلم لبقاء الشركة بينهما وان مات أو قتل على ردته لم يلزمه من ذلك شئ وكذلك ما أقر به المرتد الا ان أصله اقرار المرتد موقوف واذا قتل بطل كسائر تصرفاته وأصل اقرار المسلم صحيح في حقه وانما يتوقف بثبوت حكمه في حق المرتد على اسلامه فاذا قتل أومات بطل ذلك ويبقى المسلم مطالبا به. قال (واذا باع أحد المتفاوضين متاعا ثم افترقا ولم يعلم المشترى بافتراقهما فلكل واحد منهما ان يقبض الثمن كله) لان بيع أحدهما في حال قيام المفاوضة مثبت على حق قبض الثمن لصاحبه فلا يبطل ذلك بافتراقهما ما لم يعلم به المشترى حتى اذا قضى الثمن أحدهما وهو لا يعلم بالفرقة برئ لانه بالعقد استحق براءة ذمته عند دفع الثمن الى أحدهما فلا يبطل ذلك بافتراقهما مالم يعلم به وهذا لان المشترى بمنزلة الوكيل من جهة البائع في تسليم الثمن الى شريكه فهما بالافتراق قصدا عزله عن الوكالة وعزل الوكالة قصداً لا يثبت فى حق من لم يعلم به حتى اذا علم بالفرقة لم يكن له ان يدفع جميع المال الا الى الذى ولى البيع لان حكم العزل يثبت فى حقه لما علم به اذ لا ضرر عليه في ذلك وهو بخلاف ما اذا مات البائع لان موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لتحول ملكه الى وارثه ولا يتوقف بثبوت حكمه على العلم به. ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت موكله وان لم يعلم به بخلاف ما اذا عزله قصداً . قال (وان وجد المشترى به عيبا لم يكن له ان يخاصم الا الذى ولى البيع) لان الشركة قد انقطعت والخصومة في العيب من حقوق العقد فانما يتعلق بالعاقد خاصة ثم يرجع العاقد بنصف ذلك على شريكه لانه في النصف كان وكيلا فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه. قال (ولو كان رده على شريكه بالعيب قبل الفرقة وحكم له عليه بالثمن أو بنقصان العيب عند تعذر الرد ثم افترقا كان

له ان يأخذ أيهما شاء) لان هذا دين لزم أحدهما في حال قيام الشركة فصار الآخر مطالبا بحكم الكفالة فافتراقهما لا يبطل حق صاحب الدين عن مطالبة كل واحد منهما كسائر الديون . قال (ولو استحق العبد بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن قبلها كان له ان يأخذ بالثمن أيهما شاء) لان البيع في المستحق كان موقوفا فيبطل من الاصل بإبطال المستحق وتبين ان رد الثمن كان واجبا عليهما قبل افتراقهما وكان للمشترى ان يطالب بالثمن أيهما شاء فأما بالرد بالعيب بعد الفرقة لا يتبين بطلان البيع من الاصل ولكنه كان صحيحا الى وقت الرد وانما وجب الثمن علي البائع حين رد عليه المبيع واذا كان الرد بعد الفرقة فليس للمشترى ان يطالب به الآخر . قال (رجل سلم ثوبا الى خياط ليخيطه بنفسه وللخياط شريك فى الخياطة مفاوضة فلصاحب الثوب ان يطالب بالعمل أيهما شاء ما بقيت المفاوضة بينهما) لان كل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما لزمه مابقيت الشركة بينهما ﴿فان قيل﴾ عمل الخياطة مستحق على من باشر السبب والآخر بمنزلة صاحبه الكفيل عنه فاذا شرط على الخياط ان يخيط بنفسه لم يجز كفالة الغير عنه فلا تطالب الكفيل به ﴿ قلنا ﴾ ما بقيت المفاوضة بينهما فهما كشخص واحد وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما تقتضيه المفاوضة لان المساواة التى هى ركن المفاوضة لا تتحقق الا به فلا تظهر معنى الكفالة قبل الفرقة وانما تظهر بعد الفرقة فلا جرم اذا تفرقا أومات الذى قبض الثوب لم يؤاخذ الآخر بالعمل لان الموجب للاتحاد هو الشركة وقد انقطعت وانما بقى معنى الكفالة فكان الشرط علي الخياط فلا يطالب الاحسن بحكم الكفالة واذا مات الذى قبل بطل هذا التقبل لفوات المعقود عليه وهذا نظير مالو دفع ثوبا الى الخياط ليخيط بنفسه وأخذ منه كفيلا بالخياطة لم يجز ذلك وان لم يكن شرط عليه ان يخيط بنفسه جازت الكفالة لان الكفالة بمضمون بما تجرى النيابة في ايفائه صحيح وبما لا تجرى النيابة في ايفائه باطل واذا شرط علي الخياط العمل بنفسه هذا لا تجرى النيابة في ايفائه واذا لم يشترط ذلك عليه فهذا تجرى النيابة فى ايفائه فتصح الكفالة وبعد صحتها اذا مات الخياط برئ الكفيل لان الاجارة قد انقطعت بموت الخياط وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا في كراء الابل اذا مات الجمال برئ الكفيل لان الاجارة قد انقطعت بموته . قال (واذا كان بين رجلين كر حنطة وكر شعير ولم يأمر أحدهما صاحبه ببيعه فاستعار أحدهما دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها الآخر الشعير

بغير أمره كان ضامنا للدابة ولحصة صاحبه من الشعير لان الشركة بينهما شركة ملك و كل
واحد منهما فى التصرف كالاجنبي من صاحبه فيكون غاصباً للدابة ولنصيب شريكه من
الشعير بحمله على الدابة فلهذا يضمن قيمة الدابة ونصيب صاحبه من الشعير اذا تلفت بحمله
وليس هذا كشريك العنان والمفاوض لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فى الحمل كما
أنه وكيل صاحبه فى التجارة فلهذا لم يكن ضامناً. ثم ختم الباب فى الاصل بما اذا اشترك
الرجلان شركة مفاوضة وليس لهما مال على أن يشتريا بوجوههما أو يعملا بأبدانهما وقد بينا
جواز المفاوضة فى هذين النوعين من الشركة كالعنان الا ان فى المفاوضة لايجوز اشتراط
التفاوت بينهما وفى العنان لايجوز ذلك فى شركة الوجوه الا أن يشترطا التفاوت فى ملك
المشترى وفي التقبل يصح منهما اشتراط التفاوت وبعض العراقيين من مشايخنا رحمهم
الله تقول لافرق وتأويل ذلك انه ان اشترطا التفاوت في التقبل فاما مع اشتراط التساوي
في أصل التقبل لايصح منهما اشتراط التفاوت فى الربح ولكن هذا بعيد لانه ذكر قبل
هذا وفي النوادر أيضاً أن الربح بينهما على الشرط والوضيعة بينهما نصفان ولو كان التفاوت
بينهما فى أصل التقبل لكانت الوضيعة على ذلك ولكن الفرق من وجهين (أحدهما)
ان فى التقبل هما تابعان للعمل فقد يكون بينهما تفاوت فى العمل فيصح منهما اشتراط
التفاوت فى الربح فاما فى شركة الوجوه هما متساويان بثمن فى ذمتهما فمع التساوى فى ملك
المشترى لا يصح منهما شرط التفاوت فى الربح وتوضيح الفرق أن المنافع انما تتقوم بالعقد
فمنفعة كل واحد منهما تتقوم بقدر ماشرط لنفسه من الربح بخلاف عين المشترى فانه
يتقوم بنفسه فلا يصح من أحدهما اشتراط شئ من ربح مال صاحبه من غير رأس مال
ولا ضمان واذا تقبل العمل أحدهما فان كانا متفاوضين فلا اشكال ان الآخر مطالب بذلك
فاما اذا كانت الشركة بينهما مطلقة فقد ذكر فى النوادر قياسا واستحسانا فى هذا
الفصل في القياس لايطالب الا من تقبل لان الشركة بينهما عنان وذلك لايتضمن الكفالة
ألا ترى انه لو أقر أحدهما بدين الانسان لايطالب الاخر به فكذلك اذا تقبل العمل وفى
الاستحسان يكون الآخر مطالباً به لان هذا التقبل مقصود بالشركة ففيما هو المقصود يقوم
كل واحد منهما مقام صاحبه ويكونان فيه بمنزلة المتفاوضين وعلى هذا اذا عمل أحدهما كان
للآخر أن يطالب بالأجر استحسانا لانه هو المقصود بعقدهما . وبيان كونه مقصوداً أن

الشركة التى بينهما لاتنفك عن هـذا بخلاف الاقرار في الدين وذكر الشارح عن أبي يوسف رحمهما الله أن كل واحد منهما ضامن لما جنت يد أحـدهما استحسانا أيضا وانه لو ادعي عينا فى يدهما على أحدهما أنه تقبل العمل فيه فأقربه نفذ اقراره فى نصيب شريكه أيضا استحسانا ومحمد رحمه الله فى هذين الفصلين يأخذ بالقياس فيقول اقراره بالعين كاقراره بالدين وما يتلف بجناية في يده بمنزلة غصبه واستهلاكه والشركة بينهما قـد تنفك عن ذلك فلا يطالب الشريك بشئ من ذلك وأبو يوسف رحمه الله أخذ بالاستحسان لان وجوب ضمان ماجنت يده باعتبار العمل وما فى العمل كالمتفاوضين فكذلك فيما يجب باعتباره له أو عليـه وكذلك الاقرار بالعين فان الشركة لاتنفك من ذلك لان من يسلم الى أحدهما العمل فلابد له من أن يسلم اليه محل العمل وما يتقبله أحدهما يثبت عليه يدهما عند اقامة العمل فاذا لم يصح اقراره فى حق شريكه يحذر الناس من المعاملة مع كل واحد منهما فلهذا أخذنا بالاستحسان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الشركة الفاسدة ﴾

قال (واذا اشترك الرجلان على أن يحتطبا الحطب يبيعانه فما باعاه فهو بينهما نصفان كانت هذه الشركة فاسـدة) لان صحـة الشركة باعتبار الوكالة فلا تصح فيما لاتجوز الوكالة فيه ولو وكل انسانا بأن يحتطب له لم يصح التوكيـل وكان الحطب الذى لم يحتطب دون الموكل فكذلك الشركة لان كل واحد منهما فى المعنى يوكل صاحبـه بمباشرة بعض ذلك العمـل له ولان الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب وكل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولاضمان له فيه أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه بنصف مايكتسبه صاحبه وهذا مفاوضة فى المجهول فلا تكون صحيحة ولكل واحد منهما ما احتطب وثمنه اذا باع لان البدل يملك بملك الاصل فان احتطب أحـدهما وأعانه الآخر فله أجر مثله على الذى احتطب لانه اسـتوفى منافعه بحكم عقد فاسـد فيلزمه أجر مثله ولايجاوز به نصف الثمن فى قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالغاً مابلغ فأبو يوسف رحمه الله يقول قد رضى هذا بنصف المسمي فيعتبر رضاه فى اسقاط حقـه فى المطالبة بالزيادة على ذلك « ألا ترى أنه لو استأجر

حمالا ليحمل له حنطة الى موضع كذا بقفيز منها فحملها كان له أجر مثله لا يجاوز به ما سمى وهذا لان تقدم المنفعة باعتبار العقد والتسمية اذ المنافع لا تتقوم بنفسها بغير العقد وفيما زاد علي المسمى لم توجد التسمية ومحمد رحمه الله تعالى يقول المسمى مجهول الجنس والقدر فانه لا يدرى أى نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئاً أم لا والرضا بالمجهول لا يصح فاذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله أجر مثله بالغاً ما بلغ فاذا أصاب شيئاً أولى بخلاف حمل الحنطة فان القفيز منها معلوم فاعتبر رضاه بالمعلوم فلهذا لا يجاوز به المسمى وعلي هذه الشركة فى سائر المباحات نحو احتشاش الحشيش واجتناء الثمار من الجبال والبرادى من الجوز والفسق وغيرهما فاذا عملا ذلك وخلطاه ثم باعا قسم الثمن على كيل ووزن ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا أو وزنيا لان كل واحد منهما كان مالكا لما أصابه والثمن في البيع انما يقسم على ماليه المعقود عليه ومالية المكيل والموزون تعرف بالكيل والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك واذا لم يكن كيليا أو وزنيا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما لان معرفة المالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة واذا لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما صدق كل واحد منهما في النصف لانهما استويا في الاكتساب وقد كان المكتسب فى أيديهما وكل واحد منهما في دعواه الى النصف انما يدعى ما كان فى يده والظاهر يشهد له فى ذلك فيقبل قوله ولا يصدق في الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعى خلاف ما يشهد له الظاهر ولانه يدعى شيئاً كان فى يد صاحبه ولا يستحق المرء ما فى يد غيره بدعواه الا ان يقيم البينة عليه وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من أرض لا يملكانها أو الجص أو الملح أو الكحل وما أشبه ذلك لان التوكيل فى هذه الاشياء لا يجوز فانها على أصل الاباحة والناس فيها سواء فكذلك الشركة وكذلك ان اشتركا على أن ما يلبنان من طين لا يملكه أحد أو يطبخانه آجرا أو يشتركان على طلب الكنوز أو على الاصطياد فهذا كله مما لا يصح التوكيل به لكون أصله مباحا غير مملوك فكذلك الشركة فيه . قال (وان كان من طين النورة مملوكا فاشتركا على أن يشتريا منه ويطحناه فهو جائز) لانه ان كان بينهما رأس مال فهو شركة العنان وان لم يكن فهو شركة الوجوه فى هذا النوع وقد بينا جواز كل واحد منهما وكذلك سهلة الزجاج اذا اشتركا على شيء يشتريانه من ذلك جاز وان اشتركا على شيء لا يشتريانه بل هو مباح الاصل فهو فاسد لما قلنا واذا اشتركا فى الاصطياد فنصبا شبكة أو

أرسلا كلبا لهما فالصيد بينهما نصفان لاستوائهما في السبب الموجب للملك وهو الاصطياد وان كان الكلب لاحدهما فأرسلاه جميعاً فالصيد لصاحب الكلب خاصة وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد كلبه فان أصاب كل كلب صيداً على حدة كان ذلك الصيد لصاحبه وان أصابا صيداً واحداً فهو بينهما نصفان وان أصاب أحدهما صيداً فأثخنه ثم جاء الآخر فأعانه فهو لصاحب الكلب الاول فان لم يكن الاول أثخنه حتى جاء الآخر فأثخناه فهو بينهما نصفان لان الارسال اذا وجد من صاحب الكلب فقد تم السبب الموجب للملك وهو الاصطياد والآخر معين له في ذلك . قال (واذا أرسل كل واحد منهما كلبه فان أصابا صيداً واحداً فقد استوى المالكان في سبب الاستحقاق وان أصابه أحد الكلبين فأثخنه فقد تم أخذه) لانه أخرجه بفعله من ان يكون صيداً وان أثخناه جميعاً فقد تقررت المساواة بينهما في السبب فكان بينهما نصفين . قال (وان اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر بعير على ان يؤاجرا ذلك فما رزقهما الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان فهذا فاسد) لان كل واحد منهما في المعنى موكل لصاحبه بان يؤاجر دابته ليكون نصف الأجر له وهذا التوكيل باطل فانه لو قال أجر دابتك على أن يكون جميع الأجر لي كان باطلا فكذلك اذا قال على أن يكون نصف الأجر لي وهذا لان بدل المنفعة يعتبر ببدل العين وكذلك اذا قال بع دابتك على أن يكون نصف ثمنها لي كان باطلا فكذلك في الاجارة واذا ثبت أن التوكيل بهذه الصفة لا يصح فكذلك الشركة والمعنى في الكل واحد وهو أن التوكيل انما يعتبر فيما لا يملك الوكيل مباشرته قبل التوكيل والمالك يبيع دابته ويؤاجرها قبل التوكيل وكذلك كل أحد يملك عند المباح قبل التوكيل فلهذا بطل التوكيل في جميع ذلك ولان هذا في معنى الشركة بالعروض لان منفعة العين نظراً للعين لانه يتعين في العقد وقد بينا أن الشركة في العروض لا تصح فان أجراهما جميعاً بأجر معلوم في عمل معلوم قسم الأجر بينهما على مثل أجر البغل وأجر البعير لان الاجر بدل المنفعة للدابتين وأجر المثل في المنفعة كالقيمة في العين فكما لو باعا الدابتين قسم الثمن بينهما على قيمة كل واحد منهما فكذلك اذا أجراهما . ولو تقبلا حمولة معلومة بأجر معلوم ولم يؤجر البغل والبعير فالاجر بينهما نصفان لان استحقاق الاجر بتقبل العمل وقد استويا في ذلك وان اجر البعير بعينه كان الاجر لصاحبه لانه بدل منفعة دابته فان كان الآخر أعانه على الحمولة والنقلان

كان له أجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر الذى أجر فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالي عليه أجر مثله بالغا ما بلغ وهذه والمسألة الأولى سواء . قال (وليست الشركة فى اجارة الدواب بأعيانها مثل الشركة فى عمل أيديهما بأداتهما) حتى اذا اشترك قصاران لاحدهما أداة القصارين وللآخر بيت على ان يعملا بأداة هذا فى بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان جائزاً لان استحقاق الاجر هناك باعتبار تقبل العمل والعمل بالتقبل يصير مضمونا على كل واحد منهما والتوكيل فى ذلك صحيح فكذلك الشركة وهنا استحقاق الاجر بمقابلة منفعة الدابة فاذا كان كل واحد منهما مختصاً بملك منفعة دابته لم يجز للشركة بينهما فيهما . قال (ولو اشترك رجلان لاحدهما دابة وللآخر إكاف وجواليق على أن يؤاجر الدابة علي أن الاجر بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة) لانها في معنى الشركة بالعروض بطريق اعتبار المنفعة بالعين ولان التوكيل فى مثله لا يصح فان أجر الدابة كان الاجر لصاحبها ولا يقبل معه أجر مثله لان الاجر بمقابلة منفعة الدابة فان الحمل علي الدابة هو المقصود فأما الاكاف والجواليق يتأتى الحمل بدونهما فلا يقابلهما شئ من البدل فكان الاجر كله لصاحب الدابة وقد أعانه الآخر بنفسه وأدابه بحكم عقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى ولا يجاوز به نصف أجر الدابة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى . قال (رجل دفع دابته الي رجل يؤجرها علي ان ما أجرها به من شئ فهو بينهما نصفان فهذه الشركة فاسدة) اعتبارا للعقد الوارد علي المنفعة به بالعقد الوارد على الدين ولو دفع الدابة اليه ليبيعها على ان الثمن بينهما نصفان كان فاسداً فكذلك الاجارة والاجر كله لرب الدابة ولان المدفوع اليه وكيله فى اجارتها واجارة الوكيل كاجارة الموكل وللذى أجرها أجر مثله لانه ابتغى عن منافعها عوضاً ولم ينل ذلك لفساد العقد فكان له أجر مثله وكذلك السفينة والبيت بمنزلة الدابة فى ذلك . قال (ولو دفع اليه دابة يبيع عليها البر والطعام على ان الربح بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة بمنزلة الشركة بالعروض) فان رأس مال أحدهما عرض ورأس مال الآخر منفعة دابته فاذا فسدت شركته فالربح لصاحب البر والطعام لانه بدل ملكه فان الثمن بدل المعقود عليه لابد ما حمل عليه من المعقود عليه ولصاحب الدبة أجر مثلها لانه شرط لنفسه عوضاً عن منفعة دابته ولم ينل ذلك العوض فاستوجب أجر المثل على من استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد وكذلك البيت والسفينة

فى هذه كالدابة اعتبارًا لمنفعة العين بالعين والله سبحانه وتعالى أعلم .

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال (الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله املاء : إعلم بان الاصطياد مباح فى الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وأدنى درجات صفة الامر الاباحة وقال الله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية والسنة قوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذه فعلى هذا بيان ان الاصطياد مباح مشروع لان الملك حكم مشروع فسببه يكون مشروعا وهو نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا ويستوى ان كان الصيد مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم لما في اصطياده من تحصيل المنفعة بجلده أو دفع أذاه عن الناس . والحيوانات نوعان . نوع منها مالادم له فلا يحل تناول شئ منها الا السمك والجراد لان شرط تناول الحيوانات الذكاة شرعا وذلك لا يتحقق له فيما لادم له الا أن السمك والجراد مستثنى بالنص مما شرط فيه الذكاة لقوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال . وماله دم نوعان مستأنس ومستوحش فالذى يحل تناوله من المستأنس بالاتفاق الانعام وهى الابل والبقر والغنم والدجاج وذلك ثابت بالكتاب قال الله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون وقال تعالى جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون وفيما سواها من المتأنس نبينه فى موضعه ان شاء الله تعالى . والمستوحش نوعان منها صيد البحر لايحل تناول شئ منها سوي السمك ومنها صيد البر ويحل تناولها الا ماله ناب أو مخلب لنهى النبي صلي الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير ولمعنى الخبث فيهما فان من طبعهما الاختطاف والانتهاب فلا بد من ظهور أثر ذلك في خلق المتناول للغذاء من الاثر في ذلك كما قال صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدى والمستخبث حرام بالنص لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولهذا حرم تناول الحشرات فانها مستخبثة طبعا وانما أبيح لنا أكل الطيبات قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم فقد أكرم المؤمنين بهذا الخطاب حيث خاطبهم بما خاطب به الرسل صلوات الله وسلامه عليهم حيث

قال يا أيها الرسل كلوا من الطيبات الآية ثم شرط حل التناول منها فيما يحل منها بالذكاة
قال الله تعالى الا ما ذكيتم وزعم بعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله أن الذبح والتذكية
محظور بالعقل لما فيها من ايلام الحيوان وهذا عندى باطل فقد كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يتناول من اللحم قبل مبعثه ولا يظن أنه كان يتناول ذبائح المشركين لانهم كانوا
يذبحون باسم الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ماهو محظور عقلا
كالظلم والكذب والسفه فانه لايجوز أن يظن به أنه فعل ذلك قط . ثم فى الذبح والاصطياد
تحصيل منفعة الغذاء لمن هو المقصود من الحيوانات وهو الآدمى فيكون ذلك سبباً مباحا
اليه وأشار الله تعالى فى قوله هو الذى خلق لكم مافي الارض جميعاً والايلام لهذا المقصود
فلا يكون محظوراً عقلا كالفصد والحجامة مندوب وشرب الادوية الكريهة فى وقتها .
والذكاة لغة التوقد والتلهب الذى يحدث فى الحيوان بحدة لادلة سميت الشمس ذكاء لشدة
الحرارة وسمى الرجل الذى فى خاطره حدة ذكياً فبهذا يتبين ان اشتراط الذكاة لتطييب
اللحم به فانه نوع نضج ولهذا كان المذكى أطيب لحما من الميتة وأبعد من التسيس والفساد
. وقيل الذكاة عبارة عن تسييل الدم الفاسد النجس فان المحرم فى الحيوان الدم المسفوح قال
الله تعالى في جملة المحرمات أو دماً مسفوحاً فكانت الذكاة ازالة للخبث وتطييباً بتميز
الطاهر من النجس وهو نوعان الذبح فى المذبح عند القدرة عليه قال صلى الله عليه وسلم الذكاة
مابين اللبة واللحيين وبالجرح فى أى موضع أصابه عند تعذر الذبح في المذبح ثم يحصل بعض
ذلك بالجرح والتكليف بحسب الوسع ففى كل موضع يكون الذبح فى المذبح مقدوراً له
لا يثبت الحل الا به وفى كل موضع تعذر يقوم الجرح مقامه . ثم حل التناول بالاصطياد
مختص بشرائط (أحدها) أن يكون مايصطاد به معلما (والثانى) أن يكونا جارحاً قال الله
تعالي (ومما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله) وفى معنى الجوارح قولان
(أحدهما) أن يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه (والثانى) الكواسب قال الله تعالى ويعلم
ماجرحتم بالنهار أى كسبتم ويمكن حمله عليها فنقول الشرط أن يكون من الكواسب التى
تخرج (والثالث) الارسال ثبت ذلك فى السنة وهو قوله صلي الله عليه وسلم لعدى بن
حاتم واذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان شارك كلبك كلب آخر
فلا تأكل . فلما حرم التناول عند عدم الارسال فى أحد الكلبين دل أن الارسال فى ذلك

شرط ولان التذكية انما تكون موجباً للحل اذا حصل من الآدمى فلا بد من جعل آلة الصيد نائبا عن الآدمى ليحصل الحل بفعله وذلك لايكون الا بالارسال واشتراط كونه معلما لتحقق الارسال فيه (والرابع) التسمية (والخامس) امساكه على صاحبه لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه ومطلق الامر مفيد للوجوب ولا يجب التسمية عند الاكل فعرفنا أن المراد به عند الارسال (والسادس) أن يكون الصيد مما يباح تناوله ويكون ممتنعاً ومستوحشاً (والسابع) أن لايتواري عن بصره أولا يقعد عن طلبه حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره فلا يدرى لعل موته كان بسبب آخر سوى جرح ما أرسله واليه أشار ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بقوله كل ما أصمت ودع ما أنميت والانماء ما رأيته والانماء ماغاب عنك واذا قعد عن طلبه فلا يدرى لعله لو تبعه وقع فى يده حياء وقدر على ذبحه فى المذبح وترك ذلك مع القدرة عليه محرم والاصل فيه انه متي اجتمع فى الصيد لعل وعسى أن لايحل تناوله . واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم لعدى بن حاتم رضى الله عنه اذا وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل فانك لاتدرى أن الماء قتله أو سهمك . اذا عرفنا هذا فنقول كما يشترط فيما أرسله الصياد أن يكون خارجا فكذلك فيما يرمى به وبها الكتاب يبيانه مروى عن ابراهيم رحمه الله اذا خرق المعراض فكل واذا لم يخرق فلا تأكل والمعراض سهم لانصل له الا أن يكون رأسه محدداً وقيل سهم لاريش له فربما يصيب السهم عرضاً يندق ولا يخرج وهو مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه سئل عن صيد المعراض فقال صلوات الله وسلامه عليه ما أصاب بحده فجرح فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل والحرق هو الخرق الا أن لفظة الحرق تستعمل فيما لاحياة له كالثوب ونحوه ولفظة الخرق تستعمل فى الحيوان وقد بينا أن الحل باعتبار تسييل الدم النجس وذلك يحصل اذا خرق ولا يحصل اذا دق ولم يخرق فان ذلك فى معنى الموقوذة وهوحرام بالنص (وذكر) عن رجل قال كانت لبعض أهل الحى نعامة فضربها انسان فوقذها فألقاها على كناسة وهى حية فسألنا سعيد بن جبير فقال ذكوها وكلوها وبه نقول فان الموقوذة اذا أدرك ذكاتها جازتناولها لقوله تعالى الا ماذكيتم ولحصول ماهو المقصود وهو تسييل الدم النجس ومنه دليل اباحة تناول النعامة وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن الكلب يقتل الصيد فقال كل وان أكل الكلب منه فلا تأكل فانه

امسك على نفسه لانه يضرب حتى يترك الاكل وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله قالوا الكلب اذا أكل من الصيد الذى أخذه يحرم تناوله وقال مالك رحمه الله تعالى لايحرم وهو أحد قولى الشافعى رضى الله تعالى عنه لحديث أبى ثعلبة الخشنى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فى صيد الكلب كل وان أكل الكلب منه ولانه تناول اللحم دون الصيد لانه يقتل الصيد أولا فيخرج من أن يكون صيداً وتناول الكلب من لحم الصيد لا يحرم مابقى منه على صاحبه كما لو فتش فى مخلاة صاحبه وتناول شيئاً من القديد من لحم الصيد . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم وحين أكل منه فقد تبين انه أمسكه على نفسه لا على صاحبه حين لايتركه حتى يشبع منه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله لعدى ابن حاتم رضى الله عنه فان أكل منه فلا تأكل فانما امسك على نفسه وتأويل حديث أبى ثعلبة الخشنى رضى الله عنه ان صح أنه كان قبل نزول الآية ثم انتسخ أو مراده اذا ولغ فى دم الصيد وعندنا ذلك القدر لايحرم ثم قد بينا ان ثبوت الحل بفعله باعتبار أنه نائب عن صاحبه وينعدم ذلك اذا أكل منه لانه تبين أن سعيه كان لمنفعة نفسه فهو كما لو انعدم الارسال أصلا (ثم) ذكر عن ابن عباس رضي الله عنهما فى البازى يقتل الصيد ويأكل منه قال كل وقال تعليم البازى أن تدعوه فيجيبك ولا تستطيع أن تضربه حتى يترك الاكل وبه نأخذ وفي أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى البازى والكلب اذا أكل من الصيد لايحل لما بينا أنه يمسك على نفسه وليس بنائب عن صاحبه ولكن الفرق بينهما عندنا على وجهين (أحدهما) أن جثة الكلب تحتمل الضرب فيمكن أن يضرب ليدع الاكل وجثة البازي لاتحتمل الضرب وقد بينا أن التكليف بحسب الوسع (والثانى) ان الكلب ألوف وعلامته علمه أن يأتى بما يكون مخالفا لطبعه واجابته صاحبه اذا دعاه غير مخالف لطبعه فلا يكون دليلا على علمه بل يكون علامة علمه ترك الاكل عند حاجته اليه لان ذلك خلاف طبعه فاذا أكل منه لم يكن معلما والشرط في صيد الكلب أن يكون معلماً والبازى متنفر فأجابته صاحبه اذا دعاه خلاف طبعه فيجعل ذلك علامة علمه دون ترك الاكل فهو وان أكل منه فلا يتبين به أنه غير معلم ولكن هذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر فانه مستوحش كالبازى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وعن ابن عباس رضي الله عنهما فى الكلب يشرب من دم الصيد ولا يأكل منه فقال لا بأس بأكل الصيد وبه نأخذ وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول يحرم بذلك

لان دم الصيد جزء منه كلحمه فتبين شربه من دمه أنه أمسكه على نفسه ولكنا نقول هذا دليل حذقه في كونه معلما لانه شرب مايعلم أن صاحبه لايرغب فيه ولا يمنعه منه وأمسك عليه ما يعلم رغبته فيه فكان ذلك دليل علمه وامساكه على صاحبه ما يحتاج اليه صاحبه ولا يحرم تناول الصيد بخلاف مالوأكل من لحمه وعن ابراهيم رحمه الله في كلب المجوسي أو بازيه يصيد به المسلم قال لا بأس به لان الصياد مرسل الكلب لا مالك الكلب ومرسل الكلب مسلم من أهل التسمية والكلب آلة الاصطياد فاصطياد المسلم به يوجب الحل فان كان للمجوسي كاصطياده بقوسه وسهمه (وعنه) فى الرجل يرسل كلبه فيذهب معه كلب آخر غير معلم فيرد عليه الصيد ويأخذ الصياد معه قال لا يؤكل وبه نأخذ لقوله صلى الله عليه وسلم لعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولان ارسال الكلب من شرائطه الحل وانعدامه يوجب الحرمة والصيد صار مأخوذا بالكلبين والاصل انه متى اجتمع موجب الحل وموجب الحرمة يغلب الموجب للحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شيء الا غلب الحرام الحلال وعن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه . قال من رمى صيدا فتردى من جبل فلا يأكله فانى أخاف أن يكون التردى قتله وان رمى طيرا فوقع فى ماء فلا تأكله فانى أخاف ان يكون الغرق قتله وبه نأخذ لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه اذا وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل فانك لا تدرى أن الماء قتله أم سهمك ولان التردى موجب للحرمة . فان الله تعالى ذكر جملة المحرمات المتردية وعند اجتماع معنى الموجب للحل ومعنى الموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة وهذا بخلاف مالو رمى طيرا فى الهواء فوقع على الارض ومات فانه يؤكل وان كان من الجائز أنه مات بوقوعه على الارض فان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فيكون عفواً والتكليف بحسب الوسع بخلاف الوقوع في الماء والتردى من موضع فانه يستطاع الامتناع عنه ويستوى في ذلك طير الماء وغيره لان طير الماء يعيش فى الماء غير مجروح فأما بعد الجرح يتوهم ان يكون الماء قاتلا له كما يتوهم بغيره وهذا بخلاف ما لو ذبح شاة وتردى بعد الذبح من موضع أو وقعت فى ماء لان قطع الحلقوم والاوداج زكاة مستقرة فانه يحادى بالموت عليه دون ما يتعرض بعده فأما الرمى ليس بزكاة مستقرة حتى اذا وقع الصيد في

بد الرامي حيا لم يحل الا بالذبح فلهذا كان التردي من الجبل والوقوع في الماء محرما له ❊ وعن عبد الله بن يزيد قال سألت سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه عن شئ كان قومي يصفونه بالبادية ينصبون السنان فيصبح وقد قتل الضبع فقال لي وانك ممن يأكل الضبع قلت ما أكلتها قط فقال رجل عنده حدثنا أبو الدرداء رضى الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى خطفة ونهبة ومجثمة وعن كل ذي ناب من السباع فقال ابن المسيب رضى الله تعالى عنه صدقت. وفي هذا دليل على أن الضبع غير مأكول اللحم وهو مذهبا. وقال الامام الشافعى رحمه الله تعالى ولا بأس بأكل الضبع لحديث جابر رضى الله تعالي عنه أنه سئل عن الضبع أصيد هو قال نعم فقيل يؤكل لحمه قال نعم فقيل أشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم. وحجتنا في ذلك الحديث الذى روينا وحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع ومخلب من الطير ولانه ذو ناب يقاتل بنابه فلا يؤكل لحمه كالذئب وتأثيره ما ذكرنا أنه مستخبث باعتبار ما فيه من القصد الى الاذى والبلادة فيدخل فى جملة قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث . وحديث جابر رضي الله تعالى عنه ان صح فتأويله انه كان فى زمن الابتداء ثم انتسخ بنزول الآية وهذا لان الحرمة ثابتة شرعا فما يروى من الحل يحمل على أنه كان قبل ثبوت الحرمة ولا خلاف فى أن الضبع صيد يحسب الجزاء على المحرم بقتله عندنا لانه صيد وعنده لانه مأكول اللحم فأما معنى حديث أبي الدرداء رضي الله عنه فالمراد بالخطف ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازى والعقاب والشاهين والمنهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب والفهد والنمر وفي ذكر هذين الموضعين اشارة الى معنى الحرمة حتى لا يسرى الى الاكل هذا الخلق الردئ وفى المجثمة روايتان بالفتح والكسر ومعنى الرواية بالفتح ما يجثم عليه الكلب فيقتله غما لا جرحا فذلك الصيد حرام لانعدام معنى الذكاة فيه ومعنى الرواية بالكسر ما يجثم على الصيود كالذئب والاسد والفهد فانه غير مأكول ومعنى قوله وعن كل ذى ناب من السباع ما يقصد بنابه ويدفع به فأما أصل الناب يوجد لكل صيد فعرفنا ان المحرم ما بيناه. وعن ابراهيم رحمه الله تعالى قال كانوا يكرهون كل ذى مخلب من الطير وما أكل الجيف وبه نأخذ لان كل ما يأكل الجيف كالغراق وهو الغراب الابقع مستخبث طبعا فيدخل تحت قوله

ويحرم عليهم الخبائث (وعن) هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال ومن يأكله بعد ما سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا يريد به الحديث المعروف خمس فواسق يقتلهم المحرم فى الحل والحرم وذكر الغراب من جملتها والمراد به ما يأكل الجيف وأما الغراب الزرعى الذى يلتقط الحب فهو طيب مباح لانه غير مستخبث طبعا وقد يألف الآدمى كالحمام فهو والعقعق سواء ولا بأس بأكل العقعق فان كان الغراب بحيث يخلط فيأكل الجيف تارة والحب تارة فقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يكره لانه اجتمع فيه الموجب للحل والموجب للحرمة (وعن) أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه لا بأس بأكله وهو الصحيح على قياس الدجاجة فانه لا بأس بأكلها وقد أكلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى قد تخلط أيضاً وهذا لان ما يأكل الجيف فلحمه ينبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وهذا لا يوجد فيما يخلط وعن ابن المسيب رضى الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ان تنخع الشاة اذا ذبحت وبه نأخذ ومعناه أن يبالغ الذابح بالذبح حتى يبلغ بالسكين النخاع والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة وفى هذا زيادة ايلام غير محتاج اليه والشرع نهى عن ذلك والاصل فيه حديث أبي الاشعث الصبغانى رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فاذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة واذا قتلتم فأحسنوا القتلة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته والنخع ليس من الاحسان فى شئ وكان منهيا عنه وروى كراهية ذلك عن عمر وابن عمر رضى الله تعالى عنهما حتى قال عمر رضي الله تعالى عنه لا تجروا العجماء الى مذبحها برجلها وأحدوا الشفرة وأسرعوا الممر على الاوداج ولا تنخعوا (وعن) مكحول رضى الله تعالى عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ذبح لم ينخع ولم يبد بسلخ حتى تبرد الشاة . وفى هذا دليل على أنه لا بأس للمرء أن يذبح بنفسه وان ذلك ليس من ترك الترحم فى شئ بخلاف ما قاله جهال المتقشفة وفيه دليل علي انه ينبغى للذابح أن يتحرز عن زيادة ايلام غير محتاج اليه (وعن) عكرمة رضي الله عنه قال نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل قد أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهى ملاحظة فقال عليه الصلاة والسلام أردت أن تميتها موتات . وبه نأخذ فنقول يكره له ان يحد الشفرة بين يديها لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه . وضرب عمر رضى الله عنه من رآه يفعل ذلك بالدرة حتى هرب وشردت الشاة ورأي رسول الله صلى

الله عليه وسلم رجلا وقد أخذ أذن شاة وهو يجرها الى المذبح فقال قدها الي الموت قودا رفيقا وفي رواية قال خذ ساقها فان الله يرحم من عباده الرحماء والمعنى أنها تعرف مايراد بها كما جاء في الخبر أبهمت البهائم الا عن أربعة خالقها ورازقها وحتفها وسفادها فاذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها ففيه زيادة ايلام غير محتاج اليه وكذلك اذا لم يحد الشفرة ولكن الشاة لا تحرم بشئ من هذا لان ماهو المطلوب من الذكاة وهي تسييل الدم النجس منها قد وجد والنهي لمعنى في غير المنهي عنه فلا يكون موجبا للحرمة وقد وجد (وعن) رافع بن خديج رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل ما عدا السن والظفر والعظم فانها مدى الحبشة والمراد بيان آلة الذبح وفيه دليل أنه يشترط للذكاة آلة محددة يحصل بها إنهار الدم وافراء الاوداج والانهار التسييل ومنه سمي النهر لان الماء يسيل فيه والنهار تجرى فيه الشمس بمرأى العين من العباد والافراء القطع والمراد بالاوداج الحلقوم والمرئ والودجان . وفي هذا بيان ان المطلوب من الذكاة تمييز الطاهر من النجس بتسييل الدم من الحيوان والمراد بما استثنى من السن والظفر المركب لانه باستعمال ذلك يصير قاتلا لا ذابحا فانهما منه وآلة الذبح غير الذابح وانما يحصل بانقطاع الاوداج بالقوة لا بحدة الآلة ألا ترى أنه قال فانها مدى الحبشة وهم انما يعتادون الذبح بسن أنفسهم وظفر أنفسهم وذلك يحرم بالاتفاق فأما في الذبح بالسن المقلوعة والظفر المنزوعة والعظم المنفصل اذا كان محدوداً اختلاف نبينه (وعن) عامر قال لا بأس بذبيحة الاخرس اذا كان من أهل الاسلام أو من أهل الكتاب وبه نأخذ فان اشارة الاخرس وتحريكه الشفتين بمنزلة البسملة من الناطق ألا ترى أنه يصير به شارعا في الصلاة كما يكون الناطق شارعا بالتكبير ثم الاهلية للذبح يكون للذابح من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك باعتقاده التوحيد والاخرس معتقد لذلك ثم المحرم بعده الاعراض عن التسمية ولا يتحقق الاعراض من الاخرس فعذره أبلغ من عذر الناسي واذا كان بعذر النسيان ينعدم الاعراض فبعذر الخرس أولى (وعن) علي رضى الله عنه في الرجل اذا ذبح الشاة أو الطير فقطع رأسه قال لا بأس بأكله (وعنه) أنه قال تلك ذكاة وحية أى سريعة (وعن) عمران بن حصين رضى الله عنه أنه سئل عن رجل ضرب عنق بطة بالسيف فسبق فأماته قال يؤكل وبه نأخذ لانه أتى بما هو المحتاج اليه وهو قطع الحلقوم والاوداج وزاد على ذلك الا أنه بدأ بالقطع من قبل

الحلق حتى أبان رأسه فلا يشك فى إباحة أكله ويكره هذا الصنيع لانه زيادة ايلام غير محتاج اليه وان بدأ من قبل القفا فان قطع الحلقوم والاوداج قبل أن تموت الشاة حلت فان ماتت قبل أن تقطع الحلقوم والاوداج لم تؤكل لان فعل الذكاة بقطع الحلقوم والاوداج عند القدرة وان ماتت بفعل ليس بذكاة شرعا وذلك موجب للحرمة بخلاف ما اذا مات قبل قطع الحلقوم والاوداج (وعن) سعيد بن المسيب رضى الله عنه قال الذكاة ما بين اللبة واللحيين وبه نأخذ وقد روي هذا اللفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم والمراد بيان محل الذكاة عند الاختيار وفيه دليل على ان أعلى الحلق وأوسطه وأسفله سواء فى ذلك لان الكل فى المعنى المطلوب بالذكاة سواء (وعن) ابراهيم رحمه الله تعالى قال اذا ذبحت فلا تذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره وهكذا نقل عن ابن مسعود رضى الله عنه قال جردوا التسمية عند الذبح والاصل فيه قوله تعالى (فلا تدعوا مع الله أحدا) وان أهل الجاهلية كانوا يذكرون آلهتهم عند الذبح فحرم ذلك الشرع بقوله وما أهل به لغير الله وأمر بتسمية الله تعالى عند الذبح على الخلوص لمخالفة المشركين فلا ينبغى أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره واذا أراد أن يدعو فيقول اللهم تقبل من فلان ينبغى أن يقدم ذلك علي فعل الذبح أو يؤخره عنه فأما مع الحز لا يذكر غير اسم الله تعالى وهو تأويل الحديث ان النبي صلي الله عليه وسلم لما ضحى عن أمته قال هذا عمن شهد لى بالبلاغ الي يوم القيامة انما قال بعد الذبح لا معه (وعن) رافع بن خديج رضي الله عنه أن بعيراً من ابل الصدقة قد ند فرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال صلى الله عليه وسلم ان لها أوابد كأوابد الوحش فاذا فعلت شيئاً من ذلك فافعلوا به كما فعلتم بهذا ثم كلوه . وبه نأخذ فنقول عند تعذر الحل بذكاة الاختيار يثبت الحل بذكاة الاضطرار وذلك بالجرح فى أى موضع أصابه ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم ان لها أوابد كأوابد الوحش أى أن لها تنفرا واستيحاشا كما يكون الوحش الا ان الاغلب من حالها الالف والوحشى أغلب حاله التوحش فاذا صار ألوفا التحق بما هو ألوف غالبا واذا توحش التحق بالوحشي غالبا والمراد بابل الصدقة ما يؤخذ بالصدقة أو ما كان ينحر لاطعام المساكين وقد كان ذلك معروفا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده (وعن) عتابة بن رافع بن خديج رضى الله عنه ان بعيراً تردى في نهر بالمدينة فوجيء من قبل خاصرته فأخذ منه ابن عمر رضي الله عنهما عشيرا بدرهمين وفى هذا دليل أن الحل يثبت بذكاة الاضطرار عند تعذر الذكاة بالاختيار وانه لا

فرق بين أن يتعذر ذلك بتوحشه وبين أن يتعذر سقوطه فى مهوى فان ابن عمر رضى الله عنهما مع زهده وتفرده رغب فى الشراء منه والعسير تصغير العسير وقد روى عشيراء وهو واد البطن والاول أصح (وعن) ابراهيم رحمه الله قال اذا تردى بعير فى بئر ولم يقدروا أن ينحروه فمن حيث نحر فهو له ذكاة. فى هذا بيان أن السنة فى البعير النحر وفي البقر والغنم الذبح وبه نطق الكتاب قال الله تعالى (فصل لربك وانحر) وقال الله تعالى (ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) وقال الله تعالى (وفديناه بذبح عظيم) والمراد الشاة والذى جاء فى الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحرنا البدنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سبعة والبقرة عن سبعة معناه وذبحنا البقرة عن سبعة ومثل هذا الاضمار مع العطف معلوم فى لسان العرب قال القائل * علفتها تبنا وماء باردا * أى وسقيتها ماء باردا لان الماء لا يعلف وعن على رضي الله عنه قال ذكاة السمك والجراد أخذه ومراده بيان أن الذكاة ليست بشرط فيهما بل يثبت الحل فيهما بالاخذ من غير ذكاة ألا ترى أنه لا تثبت الحرمة بكون الآخذ مجوسيا أو وثنيا وما يشترط فيه الذكاة يشترط فيه الاهلية للمذكى وحيث لم يشترط فى السمك والجراد عرفنا ان الذكاة فيهما ليست بشرط كما قال صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان وسئل علي رضى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيه الميت وغيره قال كله كله وفي بعض الروايات كله كله فاللفظ الاول تكرار للمبالغة والثانى بيان أنه يؤكل كله وبه نأخذ وان الجراد وان وجد ميتا فلا بأس بأكله لان موته لا بد أن يكون بسبب فانه بحرى الاصل برى المعاش كما قيل ان بيض السمك اذا انحصر عنه الماء يصير جرادا فاذا مات فى البر فقد مات فى غير موضع أصله واذا مات في الماء فقد مات فى غير موضع معاشه وذلك سبب لموته والدليل على إباحة أكل الجراد ماروى أن مريم رضى الله عنها سألت لحما هشا فرزقت الجراد وأن عمر رضي الله عنه كان مولعا بأكل الجراد حتى قال يوما فى مجلسه ليت لنا قصعة من جراد فنأكله أو قال نقعة (وعن) عمرة قالت خرجت مع وليدة لنا فاشترينا خريتة بقفيز من حنطة فوضعناها فى زنبيل فخرج رأسها من جانب وذنبها من جانب فمر بنا على رضى الله عنه فقال لى بكم أخذت فأخبرته فقال ما أطيبه وأرخصه وأوسعه للعيال ففى هذا الحديث دليل على ان الجراد مأكول وبه نأخذ وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فانه سئل عن الحريت فقال فأما نحن فلا نرى به بأسا فأما أهل

الكتاب فيكرهونه. وأما الروافض قاتلهم الله تعالى فيأخذون بقول أهل الكتاب ويحرمون الحريت ويدعون قول علي رضي الله عنه مع دعواهم محبته وأهل الكتاب يزعمون أن الحريت من جملة المسوخات وهذا باطل فان المسوخ لا نسل له ولا يبقى بعد ثلاثة أيام بل الحريت نوع من السمك والسمك مأكول بجميع أنواعه يثبت الحل فيه بالكتاب والسنة قال الله تعالى أحل لكم صيد البحر وقال صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال فهذا دليل أنه لا بأس للانسان أن يتكلم مع النساء والاماء بما لا يحتاج اليه فان هذا ليس من جملة ما لا يعنيه فانما الذى لا يعني المرء مما ورد النهى عنه أن يكون فيه مأثم (وعن) ابراهيم رحمه الله قال ما أطيب إهابه وهو كذلك وقد قيل ان أطيب الاشياء من السمك الذنب وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه أتاه عبد اسود فقال انى في غنم لاهلي وانى سليل الطريق أفأسقى من لبنها بغير اذنهم فقال لا فقال انى أرمى الصيد فاصمى وأنمى قال كل ما أصميت ودع ما أنميت . قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وبه نأخذ الا أن المراد به اذا توارى عنه وقعد في طلبه فاذا لم يقعد عن طلبه لا يحرم لما بينا أن ما لا يستطاع بالامتناع عنه يكون عفوا وفي الحديث دليل انه ليس للراعي أن يسقى من لبن الغنم بغير اذن أهلها فان ابن عباس رضى الله تعالى عنهما نهاه عن ذلك وهذا لان الراعى أمر بالرعى والحفظ والسقى ومن لبنها بمنزلة هبة عنها ولا يجوز له ذلك بدون اذن أهلها والذى جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم مر براعى الغنم فاستسقاه اللبن تأويله ان ذلك الراعى كان يرعى غنم نفسه أو كان مأذونا من جهة مالكه بذلك وقد عرف ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه (وعن) موسى بن طلحة رضى الله تعالى عنه ان اعرابيا أهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أرنبا مشويا قال لاصحابه كلوا قال الاعرابى انى رأيت دما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس بشئ وقال للاعرابى اذن فكل فقال انى صائم قال صوم ماذا قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر فقال هلا جعلتها البيض وبه نأخذ فنقول الارنب مأكول وقد قبل رسول الله صلي الله عليه وسلم الهدية فيه وأكل منه وأمر أصحابه رضوان الله عليهم بذلك (وقول) الاعرابى انى رأيت دما مراده ما يقول جهال العرب ان الارنبة تحيض كالنساء فبين

رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ذلك ليس بشئ . وفيه دليل علي أنه لا بأس للمهدى ان يأكل من هديته فان النبي صلي الله عليه وسلم دعاه الي الا كل وانما بعث ليتمم مكارم الاخلاق فما كان يدعو أحدا الى ما يخالف ذلك وفيه دليل علي أنه اذا دعى الى طعام وهو صائم لا بأس بأن يمتنع ويقول انى صائم وقد قرره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما قال حيث قال صلى الله عليه وسلم صوم ماذا قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحثهم علي ذلك ويقول الحسنة بعشر أمثالها صوم ثلاثة أيام من الشهر كصوم جميع الشهر . وفيه دليل علي أن الافضل ان يكون صومه في الايام البيض لقوله صلي الله عليه وسلم هلا جعلتها البيض والبيض الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر وعند بعضهم أولها الرابع عشر وآخرها السادس عشر سميت بيضا لطلوع القمر فى لياليها من أول الليل الى آخر الليل فكأن الليل يستوى بالنهار في البياض (وقيل) لما روى ان آدم صلوات الله وسلامه عليه لما أهبط الي الارض بعد زلته اغبر جسده صام الرابع عشر فابيض ثلث جسده ثم صام الخامس عشر فابيض ثلث آخر ثم صام السادس عشر فابيض جميع جسده وعاد اللون الاول فسميت بيضا لذلك وعن عائشة رضي الله تعالى عنها أنه أهدى لها ضب فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله فكرهه فجاء سائل فأرادت ان تطعمه اياه فقال صلوات الله وسلامه عليه أتطعمين ما لا تأكلين . وبهذا نأخذ فنقول لا يحل أكل الضب وقال الشافعي رحمه الله تعالي يحل لحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فأجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه . وفي حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال أكل الضب علي مائدة رسول الله صلي الله عليه وسلم وفى الآكلين أبو بكر رضى الله تعالى عنه كان ينظر اليه ويضحك واعتمادنا على حديث عائشة رضى الله تعالي عنها فيه يبين أن امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله لحرمته لا لانه كان يعافه ألا ترى أنه نهاها عن التصدق به ولو لم يكن كراهية الا كل للحرمة لامرها بالتصدق به كما أمرها به فى شاة الانصاري بقوله أطعموها الاسارى والحديث الذى فيه دليل الاباحة محمول علي أنه كان قبل ثبوت الحرمة . ثم الاصل انه متى تعارض الدليلان أحدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الاباحة يغلب الموجب للحظر . وقال بعض المتأخرين رحمهم الله تعالى حرمة الضب لانه من الممسوخات على ما روى أن فريقين من عصاة بنى اسرائيل أخذ

أحدهما طريق البحر والآخر طريق البر فمسخ الذين أخذوا طريق البر ضبابا وقردة وخنازير (وروى) هذا الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه غير مشهور. ثم قد بينا أن الممسوخ لا نسل له ولا بقاء فهذا الذي يوجد الآن ليس بممسوخ وان نسخ قوم من جنسه ولكنه من الخبائث ولهذا عافه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيدخل تحت قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث لكونه مستخبثا طبعا كسائر الهوام (وعن) عبد الله بن أبي أوفى قال أصبنا يوم حنين حمرا أهلية فذبحناها وأن القدر لتغلى بها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكفئوها بما فيها ونهى عن أكلها فقلنا بيننا انما حرمها لانها نهبة لم تخمس فلقيت سعيد بن جبير رضي الله تعالى عنه فذكرت له ذلك فقال بل حرمها البتة. وبه نأخذ فنقول لا يحل تناول الحمار الاهلي وكان بشر المريسي يبيح ذلك وهو قول مالك رحمه الله وقد روى ان عائشة رضي الله عنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الى محرما الآية (وعن) طاوس قال قلت لجابر بن فهر انكم تزعمون ان لحم الحمار الاهلي حرام قال كان الحكم بن عمرو يقول ذلك عندنا بالبصرة فأبى ذلك الحبر يعني ابن عباس رضي الله عنهما وفي حديث الجر بن غالب رضي الله عنه انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق لي من مالي الا حميرات فقال صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك فانى انما نهيتكم عن خول القرية واعتبروا الحمار الاهلي بالوحشي فانه مأكول بالاتفاق وكل حيوان وحشيه مأكول فالاهلي من جنسه مأكول كالابل والبقر وما لا يكون أهليه مأكولا فوحشيه لا يكون مأكولا كالكلب والسنور وحجتنا في ذلك ما روينا من الحديث فيه يتبين أنه ما كان حرمها يوم خيبر لقلة الظهر لانه أمر باكفاء القدور بعد ما صار لحما ليس فيه منفعة الظهر وما حرمها لانها نهبة لم تخمس فانه كان مأكولا فللغانمين حق التناول منه قبل الخمس كالطعام والعلف وما حرمها لانها حول القرية مأخوذ من الحوال متناول الجيف كالجلالة فانه خص الحمر الاهلية بذلك وفي هذا المعنى الحمار وغيره سواء فعرفنا انه حرمها البتة (وقد) روى انه أمر أبا طلحة رضي الله عنه فنادى ألا ان الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر الاهلية فانها رجس وروى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن متعة النساء وعن الحمار الاهلي ولما بلغ عليا رضي الله عنه فتوى ابن عباس رضي الله عنهما باباحة المتعة فقال له نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء وعن الحمر الاهلية زمن خيبر فترجح الآثار

الموجبة للحرمة ثم لا حجة في حديث الحبر رضي الله تعالى عنه فان معنى قوله صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك أي بعه واستنفق ثمنه فقد يقال فلان أكل عقاره والمراد هذا وقال القائل

ان لنا أحمرة عجافا * يأكلن كل ليلة إكافا

والمراد ثمن الاكاف وما نقلوه عن ابن عباس رضى الله عنهما لا يكاد يصح عنه والمشهور عنه أنه حرم الخيل والبغال والحمير فاستدل لذلك بالاية لتركبوها وزينة على ما بينا وعائشة رضى الله عنها استدلت بعام دخله الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى لحم الحمار فكان دليل الخصوص في هذا العام واعتبار الاهلى بالوحشى ساقط فانه لا مشابهة بينهما معنى والمشابهة صورة لا تكون دليل الحل وقد صح في الاثر ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح تناول الحمار الوحشي كما روى أن أعرابياً اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشيا عقيراً أو رجل حمار وحشى فأمر أبا بكر رضى الله تعالى عنه أن يقسمه بين الرفاق * ثم كما ورد الحديث بالامر باكفاء القدر فى لحم الحمار فقد ورد مثله فى الضب وهو حديث عبد الرحمن بن حسنة قال كنا مع رسول الله صلي الله عليه وسلم فى سفر فأصابتنا مجاعة ونزلنا في أرض كثيرة الضباب فأخذناها وان القدور لتغلي بها فأمرنا رسول الله صلي الله عليه وسلم باكفاء القدور ومعلوم أن تضييع المال لا يحل فعرفنا أن الامر باكفاء القدور فى الموضعين للحرمة (وعن) أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الحريث قال كنا اذا نتجت فرس أخذنا فلوا ذبحناه وقلنا الامر قريب فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فكتب الينا أن لا تفعلوا فان في الامر تراخي. وبهذين الحديثين يستدل من يرخص فى لحم الخيل فانهم كانوا يذبحونه لمنفعة الاكل وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله تعالي وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فانه كان يكره لحم الخيل فظاهر اللفظ فى كتاب الصيد يدل على أن الكراهة للتنزيه فانه قال رخص بعض العلماء رحمهم الله فى لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبنى أكله وما قال فى الجامع الصغير أكره لحم الخيل يدل على أنه كراهة التحريم فقد روى أن أبا يوسف رحمه الله تعالي قال لابى حنيفة رحمه الله اذا قلت فى شئ أكرهه فما رأيك فيه. قال التحريم ثم من أباحه استدل بالتعامل الظاهر ببيع لحم الخيل فى الاسواق من غير نكير منكر ولان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله بمنزلة بول ما يؤكل لحمه فعرفنا أنه مأكول كالانعام وان

روى فيه نهى فلان الخيل كانت قليلة فيهم وكان سلاحاً يحتاجون اليه فى الحرب فلهذا نهاهم عن أكله لا لحرمته وحجة أبي حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة الآية فقد من الله تعالى على عباده بما جعل لهم من منفعة الركوب والزينة فى الخيل ولو كان مأكولا لكان الاولى بيان منفعة الأكل لانه أعظم وجوه المنفعة وبه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم ترك أعظم وجوه المنفعة عند اظهار المنة وذكر ما دون ذلك ألا ترى أنه فى الانعام ذكر الاكل بقوله تعالى ومنها تأكلون ولانه ضم الخيل الى البغال والحمير فى الذكر دون الانعام والقرآن فى الذكر دليل القرآن فى الحكم وبنحوه استدل ابن عباس رضي الله تعالى عنهما حين كره لحم الخيل كما روى عنه في الكتاب وفى حديث خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحم الخيل والبغال والحمير وفي حديث المقدام بن معد يكرب رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حرام عليكم لحوم البغال والحمير والخيل . وقد بينا أن الدليل الموجب للحرمة يترجح فان ما كان من الرخصة محمول على أنه كان فى الابتداء قبل النهى ولان نتاجه غير مأكول وهو البغل لان البغل نتاج الفرس والولد جزء من الام وحكمه حكمها في الحل والحرمة فاذا لم يكن مأكولا عرفنا أن الخيل ليس بمأكول * ثم الخيل تشبه البغال والحمير من حيث أنه ذو حافر أهلى بخلاف الانعام فانها ذوات خف لا ذوات حوافر وقد روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى الكراهة فى سؤر الفرس كما في لبنه وانما جعل بوله كبول ما يؤكل لحمه لمعنى البلوى فيه فللبلوى تأثير فى تخفيف حكم النجاسة ومن قال الكراهة للتنزيه لا للتحريم قال ان الفرس كالآدمى من وجه ومن حيث انه يحصل ارهاب العدو به ويستحق السهم من الغنيمة والآدمى غير مأكول لكرامته لا لنجاسته والخيل كذلك كره أكلها علي طريق التنزيه لمعنى الكرامة ولهذا جعل الخيل طاهرة السؤر وجعل بوله كبول ما يؤكل لحمه (وعن) ابراهيم رحمه الله تعالى قال لا بأس بثمن كلب الصيد وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص فى ثمن كلب الصيد وبه نأخذ فنقول بيع الكلب المعلم يجوز وعلى قول الشافعى رحمه الله لايجوز بيع الكلب أصلا معلما كان أو غير معلم لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغى وأمر رسول الله صلي الله عليه وسلم بقتل الكلاب فلو كانت ما لا متقوما لما أمر بذلك ولان

الكلب نجس العين بدليل نجاسة سؤره فلا يجوز بيعه كالخنزير ولدليل عليه انه لو كان محل البيع لم يفترق بين المعلم منه وغير المعلم كالفهد والبازي . وحجتنا في ذلك مارواه ابراهيم من الرخصة وذلك بعد النهي والتحريم فبه يتبين تيسيرا انتساخ ماروى من النهي وهذا لانهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت الكلاب فيهم تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن منتفعاً به من الكلاب وهو كلب الصيد والحرث والماشية وقد جاء في حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلاب الا كلب الصيد والحرث والماشية وروى أنه قضى في كلب الصيد بأربعين درهما وفي كلب الحرث بفرق من طعام وفي كلب الماشية بشاة منها (وعن) عثمان رضي الله تعالى عنه أنه قضي علي رجل أتلف كلبا لامرأة بعشرين بعيراً والحديث له قصة معروفة واذا ثبت أنه مال متقوم وهو منتفع به شرعا جاز بيعه كسائر الاموال وبيان كونه منتفعا به أنه يحل الانتفاع به في حالة الاختيار ويجوز تمليكه بغير عوض في حالة الحياة بالهبة وبعد الموت بالوصية فيجوز تمليكه بالعوض أيضاً وبهذا يتبين أنه ليس بنجس العين فان الانتفاع بما هو نجس العين لايحل في حالة الاختيار كالخمر ولا يجوز تمليكه قصداً بالهبة والوصية . ثم الصحيح من المذهب أن المعلم وغير المعلم اذا كان بحيث يقبل التعليم سواء في حكم البيع حتى ذكر في النوادر لوباع جروا جاز بيعه لانه يقبل التعليم فأما الذي لايجوز بيعه العقور منه الذي لايقبل التعليم لانه عين مؤذ غير منتفع به فلا يكون مالا متقوماً كالذئب وهكذا يقول في الاسد ان كان بحيث يقبل التعليم ويصطاد به فبيعه جائز وان كان لا يقبل ذلك ولا ينتفع به فحينئذ لا يجوز بيعه والفهد والبازي يقبل التعليم على كل حال فجاز بيعهما كذلك (وعن) جابر بن عبدالله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب والسنور وقال أبو يوسف رحمه الله ينقض هذا الحديث في السنور حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يصغي لها الاناء فتشرب منه وهو مشهور عنه صلى الله عليه وسلم وحديث عروة عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصغي الاناء للهر ليشرب منه ثم يتوضأ . وفي هذا دليل على انها ليست بنجسة وقد نص علي ذلك بقوله انها ليست بنجسة انها من الطوافين عليكم والطوافات ويجوز الانتفاع بها من غير ضرورة وما يكون بهذه الصفة

فهو مال متقوم يجوز بيعه والنهي ان ثبت محمول على أنه كان في الابتداء . قال (وصيد الكلب المعلم وما أشبهه من الجوارح من السباع وغيرها يرسله المسلم أو الكتابي ويسمى عليه فيأخذه ويقتله جائز حلال) وانما يشترط أن يكون المرسل مسلما أو كتابيا لان الاصطياد في كونه سببا للحل كالذبح والاهلية للذابح شرط لحل الذبيحة فكذا في الاصطياد وقد ذكرنا فيما سبق شرائط الاصطياد ودخل هذا الشرط في جملة ما ذكرنا دلالة وان لم يدخل نصا لانا شرطنا تسمية الله تعالى على الخلوص وانما يتحقق ذلك عمن يعتقد توحيده جات قدرته أو يظهر ذلك وهو مسلم أو كتابي فاما المجوسي يدعي الهين فلا يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص فلهذا لا يحل ذبيحة المجوسي وصيده . قال (واذ ترك التسمية عامداً حرم به الصيد والمذبوح عندنا ولم يحرم عند الشافعي رحمه الله والمسلم والكتابي في ذلك سواء) وان ترك ناسيا لم يحرم عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى وأصحاب الظواهر يحرم وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما وكان علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهما يفصلان بين العامد والناسي كما هو مذهبنا وقد كانوا أجمعين على الحرمة اذا ترك التسمية عامداً وانما يختلفون اذا تركها ناسيا وكفى باجماعهم حجة ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله متروك التسمية عامداً لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز البيع فيه لا يجوز قضاؤه لانه مخالف للاجماع فالشافعي رحمه الله تعالى استدل بحديث البراء ابن عازب وأبي هريرة رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم وفي رواية قال ذكر اسم الله تعالى في قلب كل مسلم وكون الذكر في قلبه في حالة العمد أظهر منه في حالة النسيان ولما سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن متروك التسمية ناسيا قال يحل تسمية ملته وفي اقامة الملة مقام التسمية لا فرق بين النسيان والعمد وسألت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت ان الاعراب يأتوننا بلحوم فلا ندري أسموا أم لم يسموا فقال عليه الصلاة والسلام سموا أنتم وكلوا . فلو كان التسمية من شرائط الحل لما أمرها بالاكل عند وقوع الشك فيها ولان التسمية لو كانت من شرائط الحل كانت مأموراً بها وفي المأمورات لا فرق بين النسيان والعمد كقطع الحلقوم والاوداج وكالتكبير والقراءة في الصلاة انما يقع الفرق في المزجورات كالاكل والشرب في الصوم لان موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منتهيا اعتقاداً فأما موجب الامر الائتمار والتارك ناسيا أو عامدا لا يكون مؤتمراً ولانه استصلاح الاكل فكانت التسمية فيه ندبا لا حتما كالطبخ والخبز

ثم فيما هو المقصود وهو الاكل التسمية فيه ندب وليس بحتم فهذا هو طريق اليه أولي
والدليل عليه أنه تحل ذبائح اليهود والنصارى ولو كانت التسمية شرطا لما حلت ذبائحهم
لانهم وان ذكروا اسم الله تعالى فانهم يريدون غير الله وهو ما يتخذونه معبوداً لهم لان
النصارى يقولون المسيح ابن الله تعالى عن ذلك علواً كبيراً ونحن نتبرأ من اله له ولد وحجتنا
في ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ومطلق النهى يقتضي
التحريم وأكد ذلك بحرف من لانه في موضع النهى للمبالغة فيقتضى حرمة كل جزء منه
والهاء في قوله تعالى وانه لفسق ان كان كناية عن الاكل فالفسق أكل الحرام وان كان كناية
عن المذبوح فالمذبوح الذي يسمى فسقاً في الشرع يكون حراماً كما قال الله تعالى أو فسقا أهل
لغير الله به وفي الآية بيان ان الحرمة لعدم ذكر الله تعالى لان التحريم بوصف دليل علي أن
ذلك الوصف هو الموجب للحرمة كالميتة والموقوذة وبهذا يتبين فساد حمل الآية علي الميتة
وذبائح المشركين فان الحرمة هناك ليست لعدم ذكر الله تعالي حتى انه وان ذكر اسم الله
تعالى لم يحل وقال تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف يعنى عند النحر بدليل قوله تعالي فاذا
وجبت جنوبها أي سقطت وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنه في تفسير الآية ذكر اسم الله
تعالى أن يقول عند الطعن بسم الله والله أكبر وقال الله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم الآية
والمراد التسمية عند الارسال فثبت بهذين النصين ان التسمية مأمور بها ومطلق الامر الوجوب
وهي من شرائط الحل ثبت بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه
اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل والمعطوف علي الشرط شرط وأكد
ذلك بقوله وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فأنت انما سميت على كلبك ولم تسم علي
كلب غيرك . فعلل للحرمة بانه لم يسم علي كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم علي كلب نفسه
وشيء من المعنى يشهد له فان ذبيحة الكتابى تحل وذبيحة المجوسي لا تحل وليس بينهما فرق
يعقل معناه بالرأى سوى من يدعى التوحيد يصح منه تسمية الله على الخلوص ومن يدعى الاثنين
لا يصح منه تسمية الله تعالى علي الخلوص فبه يتبين ان التسمية من شرائط الحل أو انما أمرنا
ببناء الحكم في حق أهل الكتاب علي ما يظهرون دون ما يضمرون ألا ترى ان تسمية غير الله
تعالى علي سبيل التعظيم موجبة للحرمة لقوله تعالى وما أهل به لغير الله فلو اعتبرنا ما
يضمرون لم تحل ذبيحتهم وكذلك يستحلفون في المظالم بالله والاستحلاف بغير الله لا يحل

فعرفنا أنه يبنى على ما يظهرون ثم انا أمرنا بالتسمية عند الذبح مخالفة للمشركين لانهم كانوا
يسمون آلهتهم عند الذبح ومخالفتهم واجبة علينا فالتسمية عند الذبح تكون واجبة أيضاً بخلاف
الطبخ والأكل فانهم ما كانوا يسمون آلهتهم عند ذلك فالامر بالتسمية عند ذلك ندب
وكذلك عند الوصف فالامر بالتسمية عند الوصف لم يكن لمخالفتهم فكان ندبا ألا ترى ان
فى حالة النسيان تقام ملته مقام التسمية كما قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لمعنى التخفيف
وهذا التخفيف يستحقه الناسى دون العامد ولان العامد معرض عن التسمية فلا يجوز أن
يجعل مسمياً حكما بخلاف الناسى فانه غير معرض بل معذور والفرق بين المعذور وغير
المعذور أصل في الشرع فى الذبح وغير الذبح ألا ترى أن فى اعتبار الذبح فى المذبح يفصل
بين المعذور وغيره وفى الأكل فى الصوم يفصل بين الناسى والعامد ولا يعتبر بالمأمور
والمزجور فالاكل فى الصلاة مزجور ثم سوى فيه بين النسيان والعمد والجماع فى الاحرام
كذلك ولكن متى اقترن بحالة مايذكره كهيئة المحرمين والمصلين لا يعذر بالنسيان ومتى لم
يقترن بحالة ما يذكره يعذر بالنسيان كالصوم وهنا لم تقترن بحالة ما يذكره وقد يذبح
الانسان الطير وقلبه مشتغل بشغل آخر فيترك التسمية ناسياً وعليه يحمل الحديث على انه
اذبح على اسم الله تعالى اذا كان ناسياً غير معرض بدليل انه ذكر في بعض الروايات وان
تعمد لم يحل وحديث عائشة رضى الله تعالى عنها دليلنا لانها سألت عن الاكل عند وقوع
الشك في التسمية فذلك دليله علي أنه كان معروفا عندهم أن التسمية من شرائط الحل وانما
أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاكل بناء على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمداً
لمن اشترى لحما فى سوق المسلمين يباح له التناول بناء على الظاهر وان كان يتوهم أنه ذبيحة
مجوسي *ثم التسمية فى الذبح تشترط عند القطع وفى الاصطياد عند الارسال والرمى لان
التكليف بحسب الوسع وفى وسعها التسمية عند الرمى وليس فى وسعه التسمية عند الاصابة
فتقام التسمية عند الارسال والرمى مقامه كما يقام الجرح فى المتوحش مقام الذبح فى المذبح
فى الاهلى ولان التسمية تقترن بفعله والقطع من فعله وفي الاصطياد فعله الارسال والرمى وعلى
هذا لو أضجع شاة وأخذ السكين وسمى ثم تركها وذبح شاة أخرى وترك التسمية عليها لا يحل
ولو رمى سهما الى صيد وسمى فأصاب صيداً آخر أو أخذ سكينا وسمى ثم تركها وأخذ
سكينا أخرى أو أرسل كلبه الى صيد وسمى وترك ذلك الصيد وأخذ غيره حل وكذلك لو

ذبح تلك الشاة ثم ذبح شاة أخرى بعدها فظن ان تلك التسمية تكفيه لا يحل والسهم اذا أصاب ذلك الصيد وغيره أو أخذ الكلب فى فوره ذلك الصيد وغيره حل الا كل وجهله ليس نظير النسيان . ألا تري أن الجهل بالحكم لا يمنع حصول الفطر بخلاف النسيان وكذلك لو نظر الى قطيع من الغنم وأخذ السكين وسمى ثم أخذ شاة منها وذبحها بتلك التسمية لا يحل وكذلك لو أرسل كلبه علي جماعة من الصيود وسمى فأخذ أحدها يحل لان التعيين فى الاصطياد ليس فى وسعه والتعيين فى الذبح في وسعه . قال (ولو أرسل كلبه ولم يسم عمداً ثم زجره وسمى فانزجر وأخذ الصيد لم يحل) لان ارساله مع ترك التسمية عمداً فعل محرم فلا ينسخ الا بما هو مثله أو فوقه والزجر دون الارسال بخلاف ما اذا اتبع الصيد بغير ارسال صاحبه ثم زجره صاحبه وسمى فان انزجر بزجره وأخذ الصيد حل لان اتباعه لم يكن فعلا معتبراً فان فعل العجماء غير معتبر اذا لم يكن بناء على ارسال آدمى فكان زجره بمنزلة ابتداء الارسال وقد اقترنت التسمية به وعلى هذا الاصل اذا أرسل المسلم كلبه علي صيد فزجره مجوسى فانزجر بزجره لم يضره لان الارسال من المسلم فعل موجب للحل فلا يرتفع الا بما هو مثله والزجر دون الارسال فلا يتغير به الحكم الثابت بالارسال ولو كان المجوسي هو الذى أرسل لم ينفعه زجر المسلم لان فعل المجوسى يحرم فلا يرتفع بزجر المسلم اياه لانه دونه فأما اذا انبعث الكلب والبازى علي أثر الصيد بغير ارسال ثم زجره صاحبه فان لم ينزجر بزجر صاحبه لم يحل الصيد لانه لا أثر لفعل المسلم فيأخذه وبدون الارسال لا يحل وان انزجره بزجر في القياس لا يحل أيضاً لان زجره ليس بارسال فان الارسال يكون من يده ولم يكن فى يده حين زجره وبدون الارسال لا يحل صيد الكلب ولكنه استحسن ذلك فقال لما انزجر بزجره يجعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال والصياد قد يبتلي بهذا لان الكلب ربما يرى الصيد ولا يراه صاحبه فلو انتظر ارساله فانه فينبعث على أثره وينظر الى صاحبه ليزجره حتى اذا زجره كان بالقرب من الصيد فيتمكن من أخذه ثم انبعاثه لم يكن فعلا معتبراً فالحاجة الي ابتداء الفعل لا الى فسخ الفعل ولما انزجر بزجره جعل هذا ابتداء فعله بخلاف الاول فالحاجة هنالك الى فسخ فعل معتبر والفسخ لا يصلح لذلك وهو نظير ما قلنا فيمن حفر بئراً فى الطريق فألقى انسان حجراً على شفيره فيعثر انسان فى الحجر حتى هوى فى البئر فالضمان على الملقى وبمثله لو نَحّى حجرا من

شفير البئر أو جاء به سيل فيعثر به انسان فوقع في البئر فالضمان على الحافر لانه لم يوجد من بعد فعله فعل معتبر فبقى حكم فعله بخلاف الاول . قال(واذا توارى الكلب والصيد عن المرسل المسلم ثم وجده المسلم وقد قتله وليس فيه أثر غيره حل تناوله اذا لم يترك الطلب لانه يستطاع الامتناع منه والتوارى عن بصره لا يستطاع الامتناع عنه خصوصاً فى القناص والمستأجر والطير بعد اصابة السهم ربما يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط فان كان ترك الطلب الى عمل آخر حتى اذا كان قريباً من الليل طلبه فوجد الصيد ميتاً والكلب عنده والبازي وبه جراحة لا يدرى الكلب جرحه أو غيره لم يحل أكله عندنا . وقال الشافعى رحمه الله تعالى يحل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان منه من ارسال الكلب والبازى والرمى والحكم متى ظهر عقب سببه يحال عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فجعل قاتلا له ولكن نستدل بما روى أن رجلا أهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم صيدا فقال عليه الصلاة والسلام من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بينى وبينه ظلمة الليل ثم وجدته الليل وفيه من باقى فقال عليه الصلاة والسلام لعل بعض الهوام أعانك على قتله فلاحاجة لى فيه وقال ابن عباس كل ما أصميت ودع ما أنميت والانماء التوارى عن بصرك الا أن قدر ما لا يستطاع الامتناع عنه جعل عفوا فأما ترك الطلب مما يستطاع الامتناع عنه والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ثم في المدة القصيرة يؤمن اصابة آفة أخرى اياه ولا يؤمن ذلك اذا ترك الطلب وطالت المدة ولانه لا يدري فلعله لو لم يترك الطلب وجده حياً فذكاه فمن هذا الوجه يكون تاركا ذكاة الاختيار فيه مع القدرة عليه وان وجده وفيه جراحة أخرى ليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك لانه ظهر لموته سببان أحدهما موجب للحل والآخر موجب للحرمة فيغلب كما لو وقعت الرمية فى الماء . قال(واذا أرسل كلبه أو بازيه على صيد فأخذ ذلك الصيد أو أخذ غيره أو أخذ عدداً من الصيود فهو كله حلال ما دام على وجه الارسال) لان الارسال قد صح من المسلم موجباً للعمل فما تأخذه من وجه ارساله وهو ممسك له على صاحبه يحل وتعيين الصيد فى الارسال ليس بشرط الا على قول مالك رضي الله تعالى عنه فانه يقول التعيين شرط حتى اذا ترك التعيين فهو كترك الارسال وعن ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى قال التعيين ليس بشرط ولكن اذا عين اعتبر تعيينه حتى اذا ترك ذلك وأخذ غيره

لا يحل ولكنا نقول الشرط ما فى وسعه اتخاذه وهو الارسال فأما التعيين ليس فى وسعه لانه لا يمكنه ان يعلم البازى والكلب على وجه لا يأخذ الا ما يعينه ولان التعيين غير مفيد فى حقه ولا فى حق الكلب فان الصيود كلها فيما يرجع الى مقصوده سواء وكذلك فى حق الكلب فقصده الى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه وعلامة علمه امساكه على صاحبه بترك الاكل وما ليس بمفيد لا يعتبر شرعا فسواء أخذ ذلك الصيد أو غيره حل . قال (فان قتل واحداً وجثم عليه طويلا ثم مر به صيد آخر فأخذه لم يؤكل) لان فور الارسال قد انقطع حين جثم على الاول طويلا فقد انعدم ارسال صاحبه في حق الصيد الثانى وهو شرط في الحل ﴿ فان قيل ﴾ كيف يكون فعله ناسخاً لارسال صاحبه ﴿ قلنا ﴾ انما جثم على ذلك الصيد بناء على ارسال صاحبه ليأتيه فيأخذه منه فذلك بمنزلة فعل صاحبه ولو منعه انقطع به حكم الارسال مع أن فعل العجماء معتبر فى نسخ حكم فعل الآدمى به كمن أرسل دابة فى الطريق فتركت سنن الارسال وذهبت يمنة أو يسرة فأتلفت مالا لم يجب الضمان على المرسل بخلاف ما لو ذهبت على سنن الارسال . قال (وان وصل اليه صاحبه والصيد حى فأخذه فلم يذبحه حتى مات لم يؤكل) أما اذا تمكن من ذبحه فلا شك فيه لانه ترك ذكاة الاختيار مع القدرة عليه وأما اذا لم يتمكن من ذلك فان كان لفقد الآلة فكذلك الجواب لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه وان كان لضيق الوقت فكذلك الجواب عندنا (وقال) الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى يحل استحسانا وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لان ذكاة الاضطرار بدل عن ذكاة الاختيار وما لم يقدر على الاصل لا يسقط حكم البدل كالمتيمم اذا وجد الماء وبينه وبين الماء سبع أو عدو . وهنا لم يقدر على الاصل فبقى ذكاة الاضطرار موجباً للحل ولكنا نقول ذكاة الاضطرار انما تعتبر فيما اذا لم يقع فى يده حياً وهذا قد وقع فى يده حياً فسقط اعتبار ذكاة الاضطرار فيه وألحق بما كان فى يده كالشاة والبعير اذا سقط فلم يتمكن من ذبحه في المذبح لضيق الوقت لجرحه فمات لم يحل فهذا مثله وهذا كله اذا كان يتوهم بقاؤه حياً مع الجرح الذى جرحه الكلب فأما اذا شق بطنه فأخرج ما فيه ثم وقع فى يد صاحبه حياً فمات حل تناوله لانه استقر فيه فعل الذكاة قبل وقوعه فى يده وما بقى فيه اضطراب المذبوح فلا يعتبر كمن ذبح شاة فاضطربت ووقعت في الماء بعد قطع الحلقوم والاوداج لم يحرم بذلك لهذا المعنى وقيل هذا قول أبى يوسف

ومحمد رحمهما الله تعالى فأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل وهو القياس لانه وقع في يده حياً وموته مما أصابه وحياته موهوم فانما ينبنى الحكم على ماهو معلوم حقيقة وهو وقوعه حياً في يد صاحبه فلا يحل بدون ذكاة الاختيار. قال(والكلب الكردي والاسود في الاصطياد به اذا كان معلما كغيره لقوله تعالى تعلمونهن مما علمكم الله) وانما أورد هذا لان من الناس من يقول لا يحل ذلك وانما الاصطياد بالكلاب الفقهية المسترخية الآذان وليس ذلك معتبراً عندنا وكذلك اذا علم شيئا من السباع حتى جعل يصيد به مثل عناق الارض وغيره فلا بأس بصيده لانه مرسل معلم أمسك الصيد على صاحبه . قال (واذا كمن الفهد في ارساله حتى استمكن من الصيد ثم وثب عليه فقتله لم يحرم أكله) لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فهو عادة ظاهرة للفهد أنه يكمن ولا يعدو على أثر الصيد فيسقط اعتباره ولانه تحقق ما قصده صاحبه بالارسال فلا ينقطع به فور الارسال كالوثوب. قال(وكذلك الكلب اذا فعل ذلك فهو بمنزلة الفهد) لما بينا أنه قصد به التمكن من الصيد فلا ينقطع به حكم الارسال(قال)وكان شيخنا رحمه الله يقول للفهد خصال ينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه (من ذلك) أنه يكمن للصيد حتى يستمكن منه وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يجاهر بالخلاف مع عدوه ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه (ومنه)أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الىّ فلا اذل له فلهذا ينبغى للعاقل أن يفعله لا يذل نفسه فيما يعمل لغيره(ومنه)أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغى للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من وعظ بغيره(ومنه)أنه لا يتناول الخبيث وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يتناول الا الطيب (ومنه) أنه يثب ثلاثا أو خمسا فان تمكن من الصيد والا تركه وهو يقول لا أقتل نفسي فيما أعمله لغيرى وهكذا ينبغى لكل عاقل . قال(واذا شاركه في الصيد كلب آخر غير معلم لم يحل أكله)لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه واذا شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولانه اجتمع فيه المعنى الموجب للحل والمعنى الموجب للحرمة فيغلب الموجب للحرمة وكذلك اذ رد الصيد عليه حتى أخذه أورده عليه سبع حتى أخذه لانه قد أعانه على أخذ الصيد وبهذه الاعانة تثبت المشاركة بين الفعلين والبازى في ذلك كالكلب لان فعل ماليس بمعلم يحرم

الصيد والبازي والكلب فيه سواء وان رد الصيد على الكلب مجوسي حتى أخذه فلا بأس بأكله لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تثبت به المشاركة بل يكون الصيد مأخوذاً بأخذ الكلب الذي أرسله المسلم فكان حلالا فاما فعل الكلب الذي لم يرسله صاحبه وفعل السبع من جنس فعل الكلب الذي أرسله المسلم فتتحقق المشاركة ويجتمع في الصيد الموجب للحل والموجب للحرمة. قال (واذا أكل الكاب من الصيد فقد خرج عن حكم المعلم) لان علامة المعلم فيه ترك الاكل وفي البازي الاجابة اذا دعاه فكما ان البازي اذا فر منه وامتنع من اجابته لا يكون معلما فكذلك الكلب اذا أكل من الصيد لا يكون معلما ويحرم ما عنده من صيوده قبل ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يحرم في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله* من أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا اذا كان العهد قريباً بأخذ تلك الصيود فاما اذا تطاول عليه العهد بأن أتى عليه شهر أو نحو ذلك وقد قدر صاحبه صيوده لم تحرم تلك الصيود لان في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يكون ذلك دليلا على كونه غير معلم في ذلك الوقت وفي المدة القصيرة لا يتوهم نسيان الحرفة فتبين انه كان عن غير علم حين اصطاد تلك الصيود وانما لم يأكل منها للشبع لا للامساك على صاحبه. والاظهر أن الخلاف في الفصلين جميعاً فهما يقولان قد حكمنا بالحل في الصيود المأخوذة وأكله من هذا الصيد محتمل قد يكون لفرط الجوع مع كونه معلما وقد يكون لامساكه على نفسه وكونه غير معلم وما كان محكوما به لا يجوز ابطاله بالشك ولا معنى لقول من يقول قد حكمنا بكونه جاهلا حتى قلنا لا يؤكل هذا الصيد الذي أكل منه ولا ما يأخذه بعده مالم يصر معلما الا أنا انما حكمنا بذلك لنوع اجتهاد مع بقاء الاحتمال والاجتهاد دليل يصلح للعمل به في المستقبل وليس بدليل لنوع اجتهاد مع بقاء الاحتمال والاجتهاد يصلح العمل به في المستقبل لا في بعض ما مضى بالاجتهاد والحل في الصيود المحرزة حكم أمضي بالاجتهاد وأبو حنيفة رحمه الله يقول تبين أن ذلك صيد كلب جاهل فلا يؤكل منه كالصيد الذي أكل منه وبيان ذلك ان هذه الحرفة في الكلب اذا حصلت كانت ضرورية فلا ينسى أصلها ولكنها تضعف بالترك زمانا كالخياطة والرمي ونحوهما في الآدمي ولما وجب الحكم بكونه جاهلا في الحال تبين ضرورة أنه لم يكن معلما وانه انما ترك الاكل للشبع حتى لم يترك حين كان جائعا وهذا لان الاكل وان كان محتملا ولكن تعين فيه أحد الوجهين بدليل شرعي وهو كونه غير معلم حين حرم تناول هذا

الصيد فسقط اعتبار احتمال وجه آخر وما قال أبو حنيفة رحمه الله أقرب الى الاحتياط وعليه يبنى الحل والحرمة. قال (ولا يحل صيده بعد ذلك حتى يصير معلما) بأن يصيد به ثلاثا فلا يأكل منها فيحل حينئذ الرابع فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ولكن أبو حنيفة رحمه الله لم يؤقت فيه وقتا ولكن يقول اذا صار عالما فكل من صيده وكذلك الخلاف فى تعليمه فى ابتداء أمره وعلى قولهما انما يحصل بأن يجيبه اذا دعى ويرسله على الصيد فيصيده ولا يأكل منه ثلاث مرات ولم يؤقت فيه أبو حنيفة رحمه الله وقتا ولكنه قال هو مأكول الى اجتهاد صاحبه فان كان أكبر رأيه انه صار معلما فهو معلم وربما قال يرجع الى أهل العلم به من الصيادين فاذا قالوا صار معلما فهو معلم وحجتنا فى ذلك أن المعلم يمسك الصيد على صاحبه وعلامة ذلك أن لا يأكل منه الا أن ترك الاكل قد يكون للشبع وقد يكون للامساك على صاحبه فاذا ترك ذلك مرارا على الولاء يزول به هذا الاحتمال ونعلم أنه معلم لامساكه على صاحبه وقدرنا ذلك بالثلاث لانه حسن الاختيار والاصل فيه قصة موسى مع معلمه عليه السلام حيث قال فى الثالثة هذا فراق بينى وبينك وكذلك الشرع قدر مدة الاختيار بثلاثة أيام للاختيار وقال عليه الصلاة والسلام اذا استأذن أحدكم ثلاثا ولم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضى الله تعالى عنه اذا لم يربح أحدكم فى التجارة ثلاث مرات فليرجع الى غيرها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا مدخل للقياس فيه فيكون طريق معرفته الاجتهاد والرجوع الى من له علم فى ذلك الباب قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وهذا لان احتمال الشبع كما يكون فى المرة يكون فى المرات (وروى) الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله مثل قولهما فى التقدير بالثلاث الا أن فى تلك الرواية أبو حنيفة يقول يؤكل الصيد الثالث وهما يقولان لا يؤكل الصيد الثالث لانه انما حكم بكونه معلما حين ترك الاكل من الثلاث وآخره لهذا الصيد كان قبل ذلك فلا يؤكل منه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انما يحكم بكونه معلما بطريق تعين امساكه الثالث على صاحبه واذا حكمنا بأن يمسكه على صاحبه وقد أخذه بعد ارسال صاحبه حل التناول منه كالرابع. قال (واذا أخذ الرجل الصيد من الكلب ثم وثب عليه الكلب فانتهش منه قطعة ورمى بها صاحبها اليه فأكلها لم يفسدهما عليه) لانه قد تم امساكه على صاحبه حين لم يأكل منه حتى وصل الى يد صاحبه وبعد ذلك انتهاشه منه ومن لحم آخر فى مخلاة صاحبه سواء فلا يخرج به من أن

يكون معلما ولان هذا من عادة الصيادين أن يأخذ الصيد من الكلب ثم يرمى بقطعة منه اليه وكأن الكلب طالبه بهذه العادة فهو دليل حذقه لا دليل جهله وان انتهش الكلب من الصيد قطعة في اتباعه اياه فأكلها ثم اتبعه فأخذه أو أخذ غيره فقتله لم يحل أكله لانه لما أكل القطعة التي تمكن منها من الصيد عرفنا أنه غير معلم وأن سعيه لنفسه لا للامساك علي صاحبه وانما ترك الاكل مما بقي لانه شبع بتناول تلك القطعة وان كان ألقى تلك القطعة وأخذه وقتله ولم يأكل حتى أخذه ثم عاد فأكل تلك القطعة لم تضره لانه أمسك الصيد علي صاحبه حين لم يأكل منه مع حاجته وتناوله تلك القطعة بعد وصول الصيد الي صاحبه كتناول قطعة ألقاها اليه صاحبه بل ذلك دليل حذقه حتى اشتغل بتناول مايعلم أن صاحبه لا يرغب فيه فهو بمنزلة ما لو شرب من دمه وقد بينا ان ذلك لايحرم الصيد فكذلك هذا. قال (ولا يحل صيد المجوسي ولا ذبيحته لقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير نا كحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم) ولانهم يدعون لاثنين فلا يتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك شرط الحل فى الذكاة الا فيما يحتاج فيه الي الذكاة من سمك أو جراد وبيضه بأخذها وما أشبه ذلك فان الحل في هذه الاشياء ليس يثبت بالفعل حتى يحل وان مات بغير فعل أحد ولا اقتراب التسمية بالفعل فلا يشترط التسمية للحل فيما لا يشترط فيه الفعل والمرتد في ذلك كالمجوسي أما اذا ارتد لغير دين أهل الكتاب فلا اشكال فيه لانه كالكافر الاصلي فيما اعتقده وان ارتد الي دين أهل الكتاب فلأنه غير مقر علي ما اعتقده وقد ترك ما كان عليه فلا ملة له والنكاح وحل الذبيحة ينبنى على الملة . قال (ولا بأس بصيد المسلم بكلب المجوسي المعلم وبازيه كما يذبح بسكينه) لان المعتبر فى الآلة أن تكون جارحا فلا يختلف ذلك بكون مالكه مجوسيا أو مسلما والشرط يقترن بالفعل والفاعل فى الذبح والاصطياد والمسلم هو من أهل ايجاد هذا الشرط. قال (واذا أرسل المجوسي كلبه على صيد ثم أسلم ثم زجره فانزجر بزجره وقتل الصيد لم يحل أكله) كما لو زجره مسلم آخر وهذا لان أصل ارساله كان فعلا موجبا للحرمة ولم ينسخ ذلك بالزجر بعد اسلامه وانما ينظر فى هذا الجنس الى وقت الارسال والرمى فان كان فيه مجوسيا أو مرتدا لم يحل صيده وان تغير عن حاله قبل أن يأخذه وان كان مسلما ثم ارتد والعياذ بالله لم يحرم الصيد لان الحل باعتبار تسمية الله وقد بينا ان الشرط عند الارسال والرمى لا عند الاصابة فان كان مسلما فى ذلك الوقت

وسمى فقد تقرر فعله موجبا للحل فلا يتغير ذلك بردته كما لا يتغير ذلك بموته ولو مات قبل الاصابة فان كان مجوسيا أو مرتدا فقد تقرر فعله موجبا للحرمة فلا يتغير باسلامه بعد ذلك اعتباراً بفعل الرمى والارسال هنا بالذبح فى الشاة . قال (ولا بأس بصيد اليهودى والنصرانى وذبيحتهما لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد الذبائح) اذ لو حمل على ما هو سواها من الاطعمة لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر معنى ولأنهم يدعون التوحيد فيتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص الا أن يسمعه المسلم يسمى عليه المسيح فاذا سمع ذلك منه لم يحل أكله لانه ذبح بغير اسم الله عز وجل ولو فعل ذلك مسلم لم يحل لقوله تعالى وما أهل لغير الله به فحال الكتابى في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم وبعض أصحاب الشافعى رحمهم الله يقولون يحل لان المسلم اذا ذبح بغير اسم الله تعالى يصير مرتداً وانما لا يؤكل بردته وهذا لا يوجد فى حق الكتابى وقد أحل الشرع ذبائحهم مع قولهم ان الله هو المسيح بن مريم كما أخبر الله عنهم وهو يتعالى عن ذلك علواً كبيراً فاذا ظهر ذلك لم تحرم ذبيحتهم ولكنا نقول قد بينا ان الحرمة المعتبرة بالصفة انما تثبت باعتبار تلك الصفة وقد نص الله تعالى على الحرمة بتسمية غير الله تعالى واذا كان في حق المسلم الحرمة ليست باعتبار هذا الوصف عرفنا ان المراد بالآية الكتابى وان كانت الحرمة فى حق المسلم باعتبار هذا الوصف فكذلك فى حق الكتابى (وقد) روى عن على بن أبى طالب رضي الله عنه قال واذا سمعتموهم يذكرون اسم المسيح علي ذبائحهم فلا تأكلوا . قال (فان تهود المجوسى أو تنصر تؤكل ذبيحته وصيده) لانه يقر على ما اعتقده عندنا لانه صار بحيث يدعى التوحيد فلا يجوز اجباره على العود الى دعوى اثنين واذا كان مقراً على ما اعتقده اعتبر بما لو كان عليه في الاصل ولو تمجس يهودى أو نصرانى لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسياً فى الاصل . قال (وان كان غلام أحد أبويه نصرانى والآخر مجوسى وهو يعقل الذبح تؤكل ذبيحته وصيده عندنا) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا تؤكل لانه تابع لابويه واعتبار جانب أحدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحل فيتغلب الموجب للحرمة كما لو اشترك المسلم والمجوسى فى الاصطياد والذبح وحجتنا فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام كل مولد يولد على الفطرة فابواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه حتى يعرب عنه لسانه إما شاكراً وإما كفورا فقد جعل العاقل اتفاق الابوين ولم يوجد اتفاقهما في التمجس فلا يثبت حكم المجوسية في حقه

ولان أحد الابوين ممن تحل ذبيحته فيجعل الولد تابعاً له كما اذا كان أحد الابوين مسلما والآخر مجوسياً وهذا لان الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار والنصرانية اذا قوبلت بالمجوسية فالمجوسية شر فكان اتباع الولد للكتابي أنفع للولد وانما يترجح الموجب للحظر عند المساواة وقد انعدمت المساواة هنا فجعلنا الولد تابعاً للكتابي منهما . قال (فأما ذبيحة الصابىء وصيده يحل عند أبي حنيفة رحمه الله ويكره) وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يحل وذكر الكرخي رحمه الله تعالى انه لا خلاف بينهم في الحقيقة ولكن في الصابئين قوم يقرون بعيسى عليه السلام ويقرؤن الزبور فهم صنف من النصارى فانما أجاب أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل ذبائح هؤلاء وفيهم من ينكر النبوات والكتب أصلا وانما يعبدون الشمس وهؤلاء كعبدة الاوثان وانما أجاب أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في حق هؤلاء . قال الشيخ الامام رحمه الله تعالى وفيما ذكره الكرخي رحمه الله تعالى عندي نظر فان أهل الاصول لا يعرفون في جملة الصابئين من يقر بعيسى عليه الصلاة والسلام وانما يقرون بادريس عليه الصلاة والسلام ويدعون له النبوة خاصة دون غيره ويعظمون الكواكب فوقع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنهم يعظمونها تعظيم الاستقبال لا تعظيم العبادة كما يستقبل المؤمنون بالقبلة فقال تحل ذبائحهم ووقع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنهم يعظمونها تعظيم العبادة لها فالحقناهم بعبدة الاوثان وانما اشتبه ذلك لانهم يدينون بكتمان الاعتقاد ولا يستحيون باظهار الاعتقاد البتة وانما احتجاج أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أولي لان عند الاشتباه يغلب الموجب للحرمة . قال (ولا تؤكل السمكة الطافية فأما ما انحسر عنه الماء أو نبذه فلا بأس بأكله) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا بأس بأكل السمك الطافي واستدل بقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم قيل الطعام من السمك ما يوجد فيه ميتا وقال عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وقال صلوات الله وسلامه عليه أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث وفى حديث أبان بن أبي عياش رضي الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن أكل الطافى من السمك فلم ير به بأساً واعتبر السمك بالجراد بعلة أنه لا يشترط فيه الذكاة فيستوى موته بسبب وبغير سبب وحجتنا فى ذلك حديث جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما انحسر عنه الماء فكل وما طغى فلا تأكل ولا يقال هذا نهي اشفاق لما قيل ان الطافي يورث البرص

وهذا لان الاستكثار من السمك يورث البرص الطافي وغيره سواء وانما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم مبينا للاحكام دون الطب وحرمة تناول الطافي مروى عن علي وابن عباس رضى الله تعالى عنهم حتى قال علي رضى الله تعالي عنه للسماكين لا تبيعوا الطافي في أسواقنا وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أكل الطافي حرام ولانه حيوان مات بغير سبب فلا يؤكل كسائر الحيوانات بخلاف الجراد فوته لا يكون الا بسبب على ما بينا أنه يحرى الاصل برى المعاش فان مات في البحر فقد مات في غير موضع معاشه وما مات في البر فقد مات في غير موضع أصله وهذا سبب لهلاكه فوزانه لو مات السمك بسبب. وقد بينا أن الموجب للحرمة من الآثار يترجح على الموجب للحل لقوله عليه الصلاة والسلام الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك ثم جميع أنواع السمك حلال الحريث والمارهيج وغيره في ذلك سواء ولا يؤكل من سوى السمك من حيوانات الماء عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يؤكل جميع ذلك وله في الضفدع قولان وفي الكتاب ذكر عن ابن أبي ليلي رحمه الله تعالى قال لا بأس بصيد البحر كله وقيل الصحيح في مذهب ابن أبي ليلي رحمه الله تعالى ما يؤكل جنسه من صيد البر يؤكل من صيد البحر وما لا يؤكل من صيد البر كالخنزير ونحوه لا يؤكل من صيد البر واستدل الشافعي رحمه الله تعالى بالآية والخبر وليس فيهما تقييد السمك من بين صيد الماء وميتاتها وفي حديث أبي سعيد الخدرى رحمه الله تعالى قال كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم في سفر فأصابتنا مجاعة فألقى البحر لنا دابة يقال لها عنترة فأكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سألناه عن ذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه هل بقي عندكم شئ فتطعموني وحجتنا في ذلك قوله تعالى أو لحم خنزير ولم يفصل بين البرى والبحرى وسئل عليه الصلاة والسلام عن مخ الضفدع يجعل في الدواء فنهى عن قتل الضفادع وقال انها خبيثة من الخبائث فان ثبت بهذا الحديث أن الضفدع مستخبث غير مأكول فقيس عليه سائر حيوانات الماء ومن يقول يؤكل جميع صيد البحر دخل عليه أمر قبيح فانه لا يجد بدا من أن يقول يؤكل انسان الماء وهذا تشنع فعرفنا أن المأكول من المائي السمك فقط وان المراد بقول الله تعالى أحل لكم صيد البحر ما يؤخذ منه طريا ومن قوله تعالى وطعامه متاعا لكم المالح المقدد منه والصحيح من حديث أبي سعيد رضى الله

تعالى عنه فألقى لنا البحر حوتا يقال له عنبر وهو اسم للسمك وتأويل الرواية الأخرى أنه جوز لهم التناول لضرورة المجاعة أو كان ذلك قبل نزول قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ثم الاصل عندنا فى اباحة السمك أن ما مات منه بسبب فهو حلال كالمأخوذ منه وما مات بغير سبب فهو غير مأكول كالطافي. فان ضرب سمكة فقطع بعضها فلا بأس بأكلها لوجود السبب وكذلك ان وجد فى بطنها سمكة أخرى لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها شيء من طير الماء وغيره وكذلك انماتت فى جب لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها فى حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فلا خير فى أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب واذا مات السمك فى الشبكة وهى لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيئاً القاه فى الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله وكذلك لو ربطها فى الماء فماتت فهذا كله سبب لموتها وهو فى معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه الصلاة والسلام ما انحسر عنه الماء فكل وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد فماتت فأما اذا ماتت بحر الماء أو برده ففيه روايتان فعلى احدى الروايتين تؤكل لوجود السبب لموتها وفى الرواية الاخرى لا تؤكل لأن الماء لا يقتل السمك حاراً أو بارداً (وروى) هشام عن محمد رحمهما الله أنه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه في الماء فمات لا يؤكل وان انحسر الماء عن رأسه وبقى ذنبه في الماء فهذا سبب لموته فيؤكل. قال (واذا أرسل بازيه المعلم على صيد ووقع على صيد ثم اتبع الصيد وأخذه وقتله فلا بأس بأكله) لأن هذا مما لا يستطاع الامتناع منه ولأن من عادة البازى هذا أن يقع على شيء وينظر الى صيد ليأتيه من الجانب الذى يتمكن من أخذه فهو بمنزلة كمين الفهد فلا يحرم به صيده ولا ينقطع به فور الأرسال. قال (واذا أصاب السهم الصيد فأثخنه حتى لا يستطيع براحا ثم رماه بسهم آخر فقتله لم يحل أكله) لان هذا قد صار أهليا فقد عجز بالفعل الاول عن الاستيحاش والطيران فذكاته بعد ذلك بالذبح فى المذبح لا بالرمى بل الرمى فى مثله موجب للحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحرمة والموجب للحل يغلب الموجب للحرمة ولأن اثخانه اياه كأخذه ولهذا لو أثخنه أحدهما وأخذه الآخر فهو للاول ولو أخذه ثم رماه فقتله لم يؤكل فكذلك اذا أثخنه وان رمى بالسهم الثانى غيره فقتله لم يحل أيضاً لما بينا ويغرم قيمته مجروحا للاول فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وأبو حنيفة فى هذا لا يخالفهما ولكن لم يحفظ جوابه فذكر قول أبى يوسف

ومحمد رحمهما الله وهذا لأن الفعل من الأول موجب للملك له والحل له والثانى بفعله أتلف صيداً مملوكا للاول فيضمن قيمتـه بالصفة التى أتلفه وانما أتلفه مجروحا بالجرح الأول وان علم أنه مات من الجراحتين جميعاً فانه يضمن نصف قيمته مجروحاًبالجرح الأول ونصف قيمته لحماً ذكياً لان النصف مات بفعله والنصف بفعل الأول لان الثانى أفسد عليه اللحم فى ذلك النصف فلهذا ضمن نصف قيمته لحماً ذكياً وان أصابته رمية الثانى قبل أن يصيبه الاول لم يحرم أكله ولا يلزمه غرمه لان رمية الثانى لم تخرجه من ان يكون صيداً فقد سبق ملكه فلا يغرم له شيئاً * واذا كان الصيد يتحامل ويطير مع اصابه من رمية الاول فرماه الآخر فقتله فهو للثانى حلال لانه هو الذى أخرجه من أن يكون صيداً بفعله والاول كالمقر له والثانى كالآخذ والصيد لمن أخذ لا لمن أثار (وان رمياه جميعاً معاً أوأحدهما بعد صاحبه قبل أن يصيبه السهم الاول فقتلاه فهو لهما جميعاً حلال) لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح وأصابه الرميتان جميعاً معاً فقد استويا في سبب الملك وذلك موجب المساواة فى الملك وفعل كل واحد منهما مذك للصيد فيحل تناوله لهما وان رمياه معاً فأصابه سهم أحدهما فأثخنه ثم أصاب السهم الآخر فهو للاول ويحل تناوله عندنا وقال زفر رحمه الله لا يحل لان الرمية من الثانى أصابته وليس بصيد والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمى فلهذا لا يحل أكله ولكنا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لانه رمى الى صيد وفي الحل المعتبر وقت الرمى لان الحل بالذكاة وهو فعل المذكى وفعله الرمى فأما فى الملك فلا خير في أكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا مات السمك بالشبكة وهى لا تقدر على التخلص منها أو أكل منها شيئاً ألقاه فى الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله وكذلك لو ربطها فى الماء فهذا كله سبب لموتها والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمى فلهذا لا يحل أكله ولكنا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لانه رمى الى الصيد وفى الحل المعتبر وقت الرمى لان الحل بالذكاة وهو فعل المذكى وفعله الرمى فأما فى الملك المعتبر وقت الاصابة لان الملك يثبت بالاحراز واحراز الصيد بالاصابة دون الرمى وعلى هذ لو رمى الى صيد وسمى فتكسر الصيد ثم أصابه السهم حل عندنا ولم يحل عند زفر ومن أخذ صيداً أو فرخ صيد من دار رجل أو أرضه فهو له لقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذ وهذا لان صاحب الملك لم يثبت يده على فرخ الصيد لكونه فى ملكه لانه ما أفرخ ليتركه بل ليطيره . بخلاف النحل المسألة اذا

عسلت في أرض رجل فهو لصاحب الارض لانها القت ذلك للترك والقرار فى ذلك الموضع فهو بمنزلة طين مجتمع فى أرض رجل من السيل يكون له . قال(مالم يحرزه صاحب الدار بالقبض عليه أو اغلاق باب ليحرزه به بحيث يقدر على أخذه بغير صيد فاذا فعل ذلك فقد تم احرازه) ثم الآخذ انما أخذ صيداً مملوكا فعليه رده على مالكه كمن نصب شبكة فوقع فيها صيد ثم أخذه انسان آخر فعليه رده على صاحب الشبكة (ولو تكسر صيد فى أرض انسان فصار بحيث لا يستطيع براحاً أو رمى صيداً فوقع فى أرض رجل لا يدرى من رماه فأخذه رجل آخر فهو للذى أخذه) لان الاحراز من الآخذ ولم يوجد من جهة صاحب الملك احراز له وان عجز الصيد عن الطيران بما أصابه والمباح انما يملك بالاحراز قال (وكل من اصطاد سمكا من نهر جار لرجل فهو للذى أخذه) لان صاحب النهر ما صار محرزاً له بل هو صيد فى نهره فالمحرز له من اصطاده وكذلك ان كانت أجمة لا يقدر على أخذ صيدها الا بالاصطياد فصاحب الأجمة صار محرزاً لما حصل فيها من السمك انما المحرز الآخذ فان كان صاحب الأجمة احتال لذلك حتى أخرج الماء وبقى السمك فهو لصاحب الأجمة لانه صار محرزاً بما صنع فالسمك على اليبس لا يكون صيداً فاذا صار بفعله بحيث يتمكن من أخذه من غير صيد فهو محرز له . قال(واذا عجز المسلم عن مد قوسه واعانه مجوسي على مده لم يحل الصيد) لاجتماع الموجب للحظر والموجب للحل فان فعل المجوسى من جنس فعل المسلم فتحققت المشاركة بينهما كما لو أخذ مجوسى بيد المسلم فذبح والسكين فى يد المسلم قال(واذا أصاب السهم الصيد فوقع على الارض ومات حل أكله استحساناً) وفى القياس لا يحل لجواز أن يكون مات بوقوعه على الارض . وجه الاستحسان أن هذا مما لا يستطاع الامتناع عنه اذ ليس في وسعه ان يرميه على وجه يبقى فى الهواء ولا يسقط وان وقع فى ماء أو على جبل ثم وقع منه على الارض ومات لم يؤكل . وفي الوقوع فى الماء أثر عن ابن مسعود رضي الله عنه وفى حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعدى بن حاتم رضى الله عنه وقد بينا ولان من الجائز أن الماء قتله وهذا يستطاع الامتناع منه وكذلك ان وقع على جبل ثم منه على الارض فهذا مترد ومن الجائز أن التردى قتله وقد قال الله تعالى فى جملة المحرمات والمتردية وكذلك كل ما أصابه قبل ان يستقر على مكانه الذى يموت عليه يعنى وقع على شجرة ثم وقع منها على الارض وان مات على ذلك

الشيء ولم يقع على الارض حيا فهو حلال وكذلك ان مات قبل وقوعه فى المـاء ثم وقع فى المـاء لان التردى والوقوع في المـاء كان بعد تمام فعل الذكاة ولم يكن سبباً لموته وان وقع على جبل ومات ولو على السطح فمات حل لان الموضع الذى وقع فيه بمنزلة الارض وقد بينا أن ذلك لا يستطاع الامتناع منه فيكون عفواً وهذا اذا كان ما وقع عليه مما لا يقتل فان كان ما يقتل مثل حد الرمح والقضيبة المنصوبة وحد الآجر واللبنة القائمة ونحوها لم يؤكل لان هذا سبب لموته وهو فعل آخر سوى فعل الذكاة يستطاع الامتناع منه وفى الاصل قال ان وقع على آجرة موضوعة على الارض فمات فهذا بمنزلة الارض ويؤكل وذكر فى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه فمات لم يؤكل وليس هذا باختلاف الروايات بل مراده ما ذكر فى المنتقى اذا أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذكاة. ومراده مما ذكر فى الاصل انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو لانه لا يستطاع الامتناع منه قال (فان رمى صيداً بسهم فأصاب فمر السهم فى سننه فأصاب ذلك الصيد أوغيره أو أصابه ونفذ الى غيره فأصابه حل جميع ذلك) لما بينا أن فعل الرمى يذكى لما يصيبه في سننه سواء أصاب صيداً أو صيدين وان عرض للسهم ريح فرده الى ماوراءه فأصاب صيداً لم يؤكل لان الاصابة لم تكن بقوة الرامى بل بقوة الريح فهو نظير سهم موضوع في موضع حمله الريح فضرب به على صيد فمات وفعل الريح لا يكون ذكاة الصيد وكذلك ان رده يمنة أو يسرة حتى اذا أصاب صيداً لم يحل وان لم يرده عن جهته حل صيده لانه ما دام يمضي فى سننه فمضيه مضاف الى قوة الرامى فأما اذا رده الريح يمنة أو يسرة فقد انقطع حكم هذه الاضافة لان الرامي لا يحب مضي السهم يمنة أو يسرة فيصير مضافا الى الريح لا الى الرامى وما دام يمضي في جهته فالريح يزيده في قوته فلا ينقطع به حكم اضافة القوة الى الرامى وعن أبي يوسف قال وان رده يمنة او يسرة يحل أيضاً لانه ليس بضد للجهة التى قصدها الرامي ولا يمكن الاحتراز عنه اذا كان يصطاد فى يوم ريح وكذلك لو أصاب السهم حائطاً أو شجراً أو شيئاً آخر فرده فهو ورد الريح سواء فى جميع ما ذكرنا لان مضيه الى ماوراءه بصلابة الشجر والحائط لا بقوة الرمى وكذلك لو أصابه سهم آخر قبل أن يصيب الصيد فرده عن وجهه فأصاب صيداً لم يؤكل وتأويل هذا اذا كان الرامي بالسهم الثانى مجوسياً أولم يكن قصده الاصطياد انما كان قصده الرمى الي

ذلك السهم فأما اذا كان قصد الثانى الاصطياد وسمى فان الصيد يكون له ويحل تناوله ولا فرق بين أن يصيبه سهم أو يرد سهما آخر فيصيبه وقيل بل لا يحل على كل حال لان الحل باعتبار فعل الرامى وجرح الآلة والسهم الذي رماه للثانى ماجرح الصيد والذى جرح الصيد مارماه الثانى ولا كان مضيه بقوة من رمى به فهو بمنزلة مالوأصاب السهم قصبة محدودة منصوبة فى حائط وأصابت تلك القصبة الصيد بحدها فجرحته وذلك غير مأكول فهذا مثله. قال (ولا يحل صيد البندق والحجر والمعراض والعصا وما أشبه ذلك وان جرح) لأنه لم يخرق الا ان يكون شيئاً من ذلك قدحدده وطوله كالسهم وأمكن أن يرمى به فاذا كان كذلك وخرقه بحده حل لما بينا أن المطلوب بالذكاة تسييل الدم وذلك يحصل بالخرق والبضع فأما الجرح الذى يدق فى الباطن ولا يخرق في الظاهر فلا يحصل تسييل الدم به فهو فى معنى الموقوذة والموقوذة حرام بالنص والمثقل بالحديد وغير الحديد في ذلك سواء وكذلك لورمى الصيد بالسكين فأصابه بحده وجرحه يؤكل وان أصابه بقفا السكين أو بمقبض السكين لم يؤكل والمزراق كالسهم يخرق ويعمل فى تسييل الدم *وان حدد مروة فذبح بها صيداً حل لحصول تسييل الدم بحد الآلة وفى حديث محمد بن صفوان أوصفوان بن محمد رضى الله عنه قال أخذت أرنبتين فذبحتهما بمروة محددة ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجوز لي أكلهما. قال (وما توحش من الاهليات حل بما يحل به الصيد من الرمى) لما بينا من الخبر أن لها أوابد كأوابد الوحش وقد روى عن محمد فى البعير والبقرة اذا أنه فى المصر أو خارج المصر فرماه انسان حل به لانه يدفع عن نفسه نصيباً له ويخاف فوته وان كان فى المصر وأما الشاة اذا مدت فى المصر فلا تحل بالرمى لانه يمكنه أخذها فى المصر عادة فلم يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار واذا مدت خارج المصر تحل بالرمى لانه يخاف فوتها خارج المصر فالعجز عن ذكاة الاختيار يكتفى فيها بذكاة الاضطرار. قال (واذا أصاب السهم الظلف والقرن فقتله حل أيضاً به اذا أدماه ووصلت الرمية الى اللحم) لان ما هو المقصود وهو تسييل الدم قد حصل وكذلك المتردى في بئر لايقدر على ذكاته فاينما وجيء منه فأدماه فهو ذكاة لان المعتبر وقوع العجز عن ذكاة الاختيار وقد يتحقق ذلك بالتردى فى البئر فهو ومانذ سواء قال (وان رمى صيداً بسيف فأبان منه عضواً ومات أكل الصيد كله الا ماابان عنه) لقوله عليه الصلاة والسلام ما أبين من الحى فهو ميت ومراد رسول الله صلى

الله عليه وسلم تحريم ما كانوا يعتادونه فى الجاهلية فانهم كانوا يقطعون بعض لحم الالية من الشاة وربما لا يقطعون بعض لحم العجز منها فيأكلونه فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك لان فعل الذكاة لا يتحقق فى المبان مقصوداً وأصل الشاة حية وبدون الذكاة لا يثبت الحل وهذا المعنى موجود هنا فحكم الذكاة استقر فى الصيد بعد ما مات وهذا العضو مبان من حين مات فلا يسرى حكم الذكاة الى ذلك العضو ولا يمكن اثبات حكم الذكاة فى ذلك العضو مقصوداً بالابانة كما لو بقى الصيد حياً فلهذا لا يؤكل ذلك العضو وان لم يكن بان ذلك العضو منه أكل كله لان بقاء الاتصال يسرى حكم الذكاة الى ذلك العضو فيكون حلالا كغيره وان كان تعلق منه بجلدة فان كان بمنزلة ما قد بان منه فلا يؤكل ومراده من ذلك اذا كان بحيث لا يتوهم اتصاله بعلاج فهو المبان سواء وان كان بحيث يتوهم ذلك فهذا جرح وليس بابانة فيؤكل كله وان قطعه نصفين يؤكل كله لان فعله أعمر ما يكون من الذكاة اذ لا يتوهم بقاؤه حياً بعد ما قطعه نصفين طولا وان قطع الثلث منه مما يلى العجز فأبانه فانه يؤكل الثلثان اللذان مما يلى الرأس ولا يؤكل الثلث مما يلى العجز فان قطع الثلث مما يلى الرأس فابانه فانه يؤكل كله لان ما بين النصف الى العنق مذبح يريد به أن الاوداج من القلب الى الدماغ وان قطع الثلث مما يلى العجز لم يستقر فعل الذكاة بهذا حين لم تقطع الاوداج وانما استقر بموته وهذا الجرح مبان عنه عند ذلك فأما اذا أبان الثلث مما يلى الرأس فقد استقر حكم الذكاة بقطع الاوداج بنفسه وكذلك ان قده نصفين فقد استقر فعل الذكاة بقطع الاوداج فلهذا يؤكل كله فان أبان طائفة من رأسه فان كان أقل من النصف لم يؤكل ما بان منه لان الرأس ليس بمذبح فهو كما لو أبان جزأ من الذنب وان كان النصف أو أكثر أكل لانه يتقطع الاوداج به فيكون فعله ذكاة بنفسه. قال (ولو ضرب وسمى وقطع ظلفه فان أدماه فلا بأس بأكله وان لم يكن ادماه لم يؤكل) لان تسييل الدم النجس لم يحصل وعلى هذا لو ضرب عنق شاة بسيف فأبانه من قبل الاوداج فانه يؤكل وفى الكتاب رواه عن عمران بن حصين رضى الله عنه وقد اساء فيما صنع حين ترك الاحسان فى الذبح * واختلف المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله فيمن ذبح شاة فى المذبح فلم يسل الدم منها وقد يكون ذلك اذا كانت قد أكلت العناب وكان أبو القاسم الصفار رضى الله تعالى عنه يقول لا يحل لانعدام معنى الذكاة وهو تسييل الدم النجس وقد قال عليه الصلاة والسلام

ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل وكان أبو بكر الاسكاف رحمه الله تعالى يقول لا بأس بأكله لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين وقد يمتنع بعض الدم في العروق لحابس يحبسه وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق وهذا مثله لم يبن ما يؤكل وما لا يؤكل من الصيود وقد تقدم بيان ذلك. وذكر في جملة ما لا يؤكل اليربوع والقنفذ وما أشبههما من الهوام لان الطباع السليمة تستخبثها فيدخل تحت قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث. قال (ولا يجوز بيع الضفدع والسرطان وما أشبههما وكذلك جمل الماء ولا يجوز بيع شيء من ذلك الا السمك) لانه ليس له ثمن ومعنى هذا ما بينا أن البيع لا يجوز الا فيما هو مال متقوم والمال ما يتمول والتقوم به يكون منتفعاً به وسائر حيوانات الماء سوى السمك غير مأكول اللحم ولا منفعة لها سوى الاكل فلم يكن مالا متقوماً فان كان شيئاً له ثمن كجلود الخز ونحوها فبيعه جائز لان هذا منتفع به بوجه حلال فيكون متقوماً فيجوز بيعه. قال (ولا خير في أكل النسر والعقاب وأشباههما من صيد البر) لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن كل ذي مخلب من الطير فأما العقعق والسودانية واشباه ذلك مما لا مخلب له فلا بأس بأكله وقد بينا الكلام في الغراب فيما سبق. قال (ولا تكره الصلاة على جلد ما يكره أكله من ذي الناب) لان الزكاة تعمل فيما يؤكل لحمه في طيبة اللحم وطهارة الجلد وفيما لا يؤكل لحمه يعمل في طهارة الجلد وان كان لا يعمل في طيبة اللحم لان الجلد محل قابل لهذا الحكم ألا ترى أنه يطهر بالدباغ قال عليه الصلاة والسلام ايما اهاب دبغ فقد طهر فكذلك بالذكاة وقد بينا هذا الفصل في كتاب الصلاة وتكره لحوم الابل الجلالة والعمل عليها وتلك حالها الى أن تحبس أياماً لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحم الجلالة وفي رواية أن يحج على الجلالة ويعتمر عليها وينتفع بها وتفسير الجلالة التي تعتاد أكل الجيف ولا تخلط فيتغير لحمها ويكون لحمها منتناً فحرم الاكل لانه من الخبائث والعمل عليها لتأذى الناس بنتنها وأما ما يخلط فيتناول الجيف وغير الجيف على وجه يظهر أثر ذلك من لحمه فلا بأس بأكله والعمل عليه حتى ذكر في النوادر لو أن جديا غذى بلبن خنزير فلا بأس بأكله لانه لم يتغير لحمه وما غذى به صار مستهلكا ولم يبق له أثر وعلى هذا نقول لا بأس بأكل الدجاجة وان كانت تقع على الجيف لانها تخلط ولا يتغير لحمها ولا ينتن وقيل هي تنقش الجيف تبتغي الحب فيها لا أن تتناول الجيف وكان ابن عمر رضي الله عنه يكره أكل الدجاج

لانه يتناول الجيف. ولسنا نأخذ بهذا وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من لحم الدجاج ولو كان فيه أدنى خبث لامتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من تناوله والذى روى انه كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يذبحها فذلك علي سبيل التنزه من غير ان يكون ذلك شرطاً فى الدجاجة وغيرها مما يخلط وانما يشترط ذلك في الجلالة التى لا تأكل الا الجيف وفى الكتاب قال تحبس أياماً على علف طاهر قيل ثلاثة أيام وقيل عشرة أيام والاصلح انها تحبس الى أن تزول الرائحة المنتنة عنها لان الحرمة لذلك وهو شيء محسوس ولا يتقدر بالزمان لاختلاف الحيوانات في ذلك فيصار فيه الى اعتبار زوال المضر فاذا زال بالعلف الطاهر حل تناوله والعمل عليه بعد ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿تم الجزء الحادى عشر ويليه الجزء الثانى عشر وأوله كتاب الذبائح﴾

﴿ فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ تمت فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب المبسوط ﴾

كتاب

المبسوط

لشمس الدين السرخسي

المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

(تنبيه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

الجزء الثاني عشر

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الذبائح

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام السرخسي رحمه الله تعالى (لايحل ماذبح بسن أو ظفر غير منزوع لانه قتل وتخنيق وليس بذبح)ففي الذبح الانقطاع بحدة الآلة وفي هذا الموضع الانقطاع بقوته لا بحدة الآلة ولان آلة الذبح غير الذابح وسنه وظفره منه ولا بأس باكله اذا كان منزوعاً عندنا ولا يحل عند الشافعي رحمه الله لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل ما خلا السن والظفر فانها مدى الحبشة ولكنا نقول المراد غير المنزوع فان الحبشة يستعملون في ذلك سنهم وظفرهم قبل النزع وذكر في بعض الروايات ماخلا العض بالسن والقرض بالظفر والعض والقرض انما يتحقق في غير المنزوع عادة ثم المنزوع آلة محددة يحصل بها تسييل الدم النجس فكانت كالسكين الا أنه يكره الذبح بها لزيادة ايلام ومشقة على الحيوان ولا يعد هذا الفصل من الاحسان في الذبح قال عليه الصلاة والسلام اذا ذبحتم فأحسنوا الذبح الحديث.

قال (وما أنهر الدم وأفرى الاوداج فلا بأس بأن يذبح به حديداً كان أو قصباً أو حجراً محدداً أو غير ذلك) لما روى أن عدى بن حاتم رضي الله عنه قال أرأيت يارسول الله صلى الله عليه وسلم ان صاد أحدنا صيداً وليس معه سكين فذبحه بشق العصا أو بالمروة أيحل ذلك فقال عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت وكل . ولان المقصود تميز الطاهر من النجس وذلك حاصل بكل آلة محددة ثم تمام الذكاة بقطع الحلقوم والمريء والودجين فان قطع الاكثر من ذلك فذلك كقطع الجميع في الحل لحصول المقصود في الاكثر من ذلك * واختلفت الروايات في تفسير ذلك فروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه اذا قطع ثلاثا منها أي ثلاث كان فقد قطع الاكثر . وعن محمد رحمه الله قال ان قطع الاكثر من كل

واحدة منها فذلك يقوم مقام قطع الجميع فأما بدون ذلك بتوهم البقاء فلا تتم الذكاة وعن أبي يوسف رحمه الله قال وان قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين حل وشرط ثلاثة فيها الحلقوم والمرىء وأحد الودجين لان الحلقوم مجرى العلف والمرىء مجرى النفس والودجان مجرى الدم فبقطع أحد الودجين يحصل ما هو المقصود من تسييل الدم فأما قطع مجرى النفس لابد منه ولا يقوم غيره مقامه في ذلك والشافعي رحمه الله يقول واذا قطع الحلقوم والمرىء حل وان لم يقطع الودجين لانه لا بقاء بعد قطع الحلقوم والمرىء ولكن هذا فاسد لان المقصود تسييل الدم النجس وبدون حصول المقصود لا يثبت الحل . قال (واذا ذبحت شاة من قبل القفا فقطع الاكثر من هذه الاشياء قبل ان تموت حلت) لتمام فعل الذكاة وان ماتت قبل قطع الاكثر لم تحل لانها ماتت بالجرح لا بالذبح في المذبح ولانه لا يثبت الحل عند القدرة على الذبح في المذبح ويكره هذا الفعل لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه قال (وكذلك ان ضربها بسيف فأبان رأسها حلت ويكره وكذلك ان ذبحها متوجهة لغير القبلة حلت ولكن يكره ذلك) لان السنة في الذبح استقبال القبلة هكذا روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل بأضحيته القبلة لما أراد ذبحها وهكذا نقل عن علي رضى الله تعالى عنه وهذا لان أهل الجاهلية ربما كانوا يستقبلون بذبائحهم الاصنام فأمرنا باستقبال القبلة لتعظيم جهة القبلة ولكن تركه لا يفسد الذبيحة بخلاف ترك التسمية لان في التسمية تعظيم الله تعالى وذلك فرض فأما استقبال القبلة لتعظيم الجهة وذلك مندوب اليه في غير الصلاة فلهذا كان تركه موجباً للكراهة غير مفسد للذبيحة . قال (وان نحر البقرة حلت ويكره ذلك) لما بينا أن السنة في البقرة الذبح قال الله تعالى ان يأمركم أن تذبحوا بقرة (بخلاف الابل فالسنة فيها النحر) وهذا لان موضع النحر من البعير لا لحم عليه وما سوى ذلك من حلقه عليه لحم غليظ فكان النحر في الابل أسهل فأما في البقر أسفل الحلق واعلاه فاللحم عليه سواء كما في الغنم فالذبح فيه أيسر والمقصود تسييل الدم والعروق من أسفل الحلق الى أعلاه فالمقصود يحصل بالقطع في أي موضع كان منه فلهذا حل وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولكن ترك الاسهل مكروه في كل جنس لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه . قال (وان ذبح الشاة فاضطربت فوقعت في ماء أو تردت في موضع لم يضرها شيء) لان فعل الذكاة قد استقر فيها فانما ازهق حياتها به ولا معتبر

باضطرابها بعد استقرار الذكاة فهذا لحم وقع في ماء أو سقط من موضع . قال (وان أراد أن يذبح عدداً من الذبائح لم تجز التسمية للأولى عما بعدها) لما بينا أن الشرط أن يسمي على الذبح وذبحه للشاة الثانية غير ذبحه للشاة الاولى . قال (ولو أضجعها للذبح وسمى عليها ثم ألقى تلك السكين وأخذ أخرى فذبح بها تؤكل) لوجود التسمية منه على فعل الذبح بخلاف الرمي لانه لو أخذ سهما وسمى عليه ووضعه وأخذ سهما آخر جدد عليه التسمية لما بينا ان المعتبر هناك التسمية على فعل الرمي وذلك يحل والسهم الثاني غير الاول وهنا الشرط التسمية على الذبح دون السكين وفعل الذبح يختلف باختلاف المذبوح لا باختلاف السكين فوزان هذا من ذلك أن لو ترك تلك الشاة وذبح أخرى بتلك التسمية . قال (ولو كلم انساناً أو شرب ماء أو حد سكيناً وما أشبه ذلك من عمل لم يكثر ثم ذبح جاز بتلك التسمية) لوجود التسمية على الذبح فبالعمل اليسير لا يقع الفصل بين التسمية والذبح بخلاف ما اذا طال الحديث أو طال العمل ثم ذبح فانه مكروه لحصول الفصل بين التسمية والذبح ألا ترى أن بالعمل الكثير ينقطع المجلس وباليسير لا ينقطع وكذلك الكلام . قال (وان قال مكان التسمية الحمد لله أو سبحان الله أو الله أكبر يريد به التسمية أجزأه) لان الشرط ذكر الله تعالى على التعظيم وقد حصل وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين التكبير فيقول المأمور به هنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهناك المأمور به التكبير وبهذه الالفاظ لا يكون تكبيراً فلا يصير شارعاً في الصلاة اذا كان يحسن التكبير وان أراد بذلك التحميد دون التسمية لا يحل لان الشرط تسمية الله تعالى على الذبح وانما يتميز الذكر على الذبح وغيره بقصد منه التسمية فاذا لم يقصد التسمية لا يحل حتى اذا عطس فقال الحمد لله يريد التحميد على العطاس لم يحل بخلاف ما قال أبو حنيفة رحمه الله في الخطب اذا عطس على المنبر فقال الحمد لله يجوز أن يصلي الجمعة بذلك القدر على احدى الروايتين لان المأمور به هناك ذكر الله تعالى مطلقاً لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وهنا المأمور به ذكر الله على الذبح وبمعرفة حدود كلام الشرع يحسن الفقه . قال (ويكره أن ينخع وقد نهى عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن ذلك) وبينا أن معناه أن يبلغ الحد النخاع وهو عرق أبيض في وسط عظم الرقبة ولكن مع هذا تؤكل لان النهي ليس لنقصان فيما هو المطلوب للذبح وهو تسييل الدم بل لزيادة ايلام غير محتاج اليه . قال (ويكره أن يجر الشاة الى مذبحها) وقد

يبنا النهى عن ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضى الله تعالى عنه وكذلك يكره أن يحد الشفرة بعد ما أضجعها وقد روينا النهى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضى الله تعالى عنه الا أن النهى ليس لنقصان فيما هو المطلوب للذبح فلا يوجب الحرمة . قال (ويكره أن يسمى مع اسم الله تعالى شيئاً فيقول اللهم تقبل من فلان) لقول ابن مسعود رضى الله عنه جردوا التسمية ولان الشرط بتسمية الله تعالى على الخلوص عند الذبح قبل فما يكون منه من الدعاء فينبغى أن يكون قبل الذبح أو بعده كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد أن يذبح أضحيته قال اللهم هذا منك واليك صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين باسم الله والله أكبر ثم يذبح وهكذا روي عن علي رضي الله عنه . قال (ولا بأس بذبيحة المسلمة والكتابية) لان تسمية الله تعالى علي الخلوص يتحقق من النساء كما يتحقق من الرجال وكذلك الصبي الذى يعقل ويضبط فهو من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص ولهذا صح اسلامه وان كان لا يعقل فلا يتحقق منه تسمية الله تعالى على الخلوص وهو شرط الحل فهذا لا خير فى ذبيحته . قال (ولا بأس بذبيحة أهل الكتاب من أهل الحرب) هكذا روى عن علي رضى الله تعالي عنه وهذا لانهم يدعون التوحيد سواء كانوا أهل الذمة أو أهل الحرب وانما أباح الشارع ذبائحهم لانهم أهل الكتاب قال الله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والحربى والذمى فى ذلك سواء . قال (وذبيحة الاخرس حلال مسلما كان أو كتابيا) لان عذره أبين من عذر الناس فاذا كان فى حق الناس تقام ملته مقام تسميته ففى حق الاخرس أولى . قال (وما أدركت من المتردية والنطيحة وما أكل السبع ونظائر هذا فذكيته حل لقوله تعالى الا ما ذكيتم) ثم عند أبى حنيفة رحمه الله اذا علم انها كانت حية حين ذبحت حلت سواء كانت الحياة فيها متوهمة البقاء أو غير متوهمة البقاء لان المقصود تسييل الدم النجس بفعل ذكاة وقد حصل وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان يتوهم ان يعيش يوماً أو أكثر تحل بالذكاة وفى رواية اعتبر توهم البقاء أكثر من نصف يوم لان مادون ذلك اضطراب المذبوح فلا معتبر به وعن محمد رحمه الله تعالى قال اذا نقر الذئب بطن شاة وأخرج ما فيها ثم ذبحت لم تحل لانه ليس فيها حياة مستقرة فانه لا يتوهم ان تعيش بعدها فما بقى فيها الا اضطراب مذبوح وذلك غير معتبر . قال (ومن ذبح شاة أو غيرها فخرج من

بطنها جنين ميت لم يؤ كل الجنين) فى قول أبى حنيفة وزفر وهو قول ابراهيم وحكم ابن عيينة رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله يؤ كل الا أنه روى عن محمد رحمه الله انه قال انما يؤ كل الجنين اذا أشعر وتمت خلقته فأما قبل ذلك فهو بمنزلة المضغة فلا يؤ كل واحتجوا بقول الله تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا قيل الفرش الصغار من الاجنة والحمولة الكبار فقد من الله تعالى على عباده بأ كل ذلك لهم وفى المشهور أن النبي عليه الصلاة والسلام قال ذكاة الجنين ذكاة أمه معناه ذكاة الام نائبة عن ذكاة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الامير وبيع الوصي بيع اليتيم * وروى ذكاة أمه بالنصب ومعناه بذكاة أمه الا أنه صار منصوبا بنزع حرف الخفض عنه كقوله تعالى ما هذا بشرا أى ببشر وعن أبى سعيد الخدرى رضي الله عنه أن قوماً سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا انا لننحر الجزور فيخرج من بطنها جنين ميت أفنلقيه أم نأ كله فقال صلوات الله وسلامه عليه كلوه فان ذكاة الجنين ذكاة أمه والمعنى فيه ان الذكاة تنبنى على التوسع حتى يكون فى الاهل بالذبح في المذبح فاذا ند فبالجرح فى أى موضع أصابه لان ذلك وسع مثله والذى فى وسعه في الجنين ذبح الام لانه مادام مخبياً فى البطن لا يتأتى فيه فعل الذبح مقصوداً وبعد الاخراج لا يبقى حياً فتجعل ذكاة الام ذكاة له لان تأثير الذبح في الام فى زهوق الحياة عن الجنين فوق تأثير الجرح بحل رجل الصيد فالغالب هناك السلامة وهنا الهلاك ثم اكتفي بذلك الفعل لانه وسع مثله فهنا أولي ولان الجنين في حكم جزء من اجزاء الام حتى يتغذى بغذائها وينمو بنمائها ويقطع عنها بالمقراض كما في بيان الجزء من الجملة ويتبعها في الاحكام تبعية الاجزاء حتى لا يجوز استثناء فى عتقها وبيعها كاستثناء يدها ورجلها وثبوت الحل في البيع لوجود فعل الذكاة فى الاصل والدليل عليه انه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا لما فيه من اتلاف للحيوان لا للمأ كلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك . وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى والمنخنقة فان أحسن أحواله أن يكون حياً عند ذبح الام فيموت باحتباس نفسه وهذا هو المنخنقة وقال عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم رضى الله عنه اذا وقعت رميتك فى الماء فلا تأ كل فانك لا تدرى أن الماء قتله أم سهمك . فقد حرم الاكل عند وقوع الشك فى سبب زهوق الحياة وذلك موجود في الجنين فانه لا يدرى أنه مات بذبح الام أو باحتباس نفسه وقد

يتأتى الاحتراز عنه في الجملة لانه قد يتوهم انفصاله حياً ليذبح* وعلل ابراهيم فقال ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين ومعنى هذا ان الجنين فى حكم الحياة نفس على حدة مودعة فى الام حتى ينفصل حياً فيبقى ولا يتوهم بقاء الجزء حيا بعد الانفصال وكذلك بعد موت الام يتوهم انفصال الجنين حياً ولا يتوهم بقاء حياة الجزء بعد موت الاصل والذكاة تصرف فى الحياة فاذا كان فى حكم الحياة نفساً على حدة فيشترط فيه ذكاة على حدة ولا نقول يتغذى بغذاء الام بل يبقيه الله تعالى في بطن الام من غير غذاء أو يوصل الله اليه الغذاء كيف شاء ثم بعد الانفصال قد يتغذى أيضاً بغذاء الام بواسطة اللبن ولم يكن فى حكم الجزء ولما جعل فى سائر الاحكام تبعاً لم يتصور تقرر ذلك الحكم فى الام دونه حتى لا يتصور انفصاله حياً بعد موت الام ولو انفصل حياً ثم مات لم يحل عندهم فعرفنا انه ليس يتبع في هذا الحكم وحقيقة المعنى فيه ما بينا ان المطلوب بالذكاة تسييل الدم لتمييز الطاهر من النجس وبذبح الام لا يحصل هذا المقصود في الجنين أوالمقصود تطييب اللحم بالنضج الذى يحصل بالتوقد والتلهيب ولا يحصل ذلك فى الجنين بذبح. وهذا الجواب عما قالوا ان الذكاة تنبنى على التوسع. قلنا نعم ولكن لا يسقط بالعذر وكما لو قتل الكلب الصيد غما أو اختفاء وهذا لان المقصود لا يحصل بدون الجرح واباحة ذبح الحامل لانه يتوهم ان ينفصل الجنين حياً فيذبح ولان المقصود لحم الام وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال كما لوذبح ما ليس بمأكول لمقصود الجلد والمراد بالحديث التنبيه لا النيابة أي ذكاة الجنين كذكاة أمه ألا ترى أنه ذكر الجنين أولا ولو كان المراد النيابة لذكر النائب أولا دون المنوب عنه كما قيل فى الالفاظ التى استشهد بها ومثل هذا يذكر للتشبيه يقال فلان شبه أبيه وحظ فلان حظ أبيه وقال القائل

وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق

والمراد التشبيه ويصح هذا التأويل فى الرواية بالنصب فان المنزوع حرف الكاف قال الله تعالى وهى تمر مر السحاب اى كمر السحاب ويحتمل الباء أيضاً ولكن ان جعلنا المنزوع حرف الكاف لم يحل الجنين وان جعلناه حرف الباء يحل ومتى اجتمع الموجب للحل والموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة والحديث مع القصة لا يكاد يصح ولو ثبت فالمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ميت أى مشرف على الموت قال الله تعالي انك ميت وانهم

ميتون ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم كلوه أي اذبحوه وكلوه والمراد بالفرش الصغار فلا يتناول الجنين ولئن كان المراد به الجنس ففيه بيان أن الجنين مأكول وبه نقول ولكن عند وجود الشرط فيه وهو ان ينفصل حياً فيذبح فيحل به والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الاضحية ﴾

قال رحمه الله تعالى اعلم بأن القرب المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالعتق ويجتمع في الاضحية معنيان فانه تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم وهو تمليك . قال (وهي واجبة على المياسير والمقيمين عندنا) وذكر فى الجامع عن أبي يوسف أنها سنة وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام كتبت علي الاضحية ولم تكتب عليكم وقال عليه الصلاة والسلام خصصت بثلاث وهى لكم سنة الاضحية وصلاة الضحى والوتر . وقال صلى الله عليه وسلم ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم عليه السلام وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وقال أبو مسعود الانصارى رضى الله عنه انه ليغدو على الف شاة ويراح فلا أضحي مخافة أن يراها الناس واجبة ولانها لاتجب على المسافر وكل دم لا يجب على المسافر لايجب على المقيم كالعتيرة وهذا لانه لايفرق بين المسافر والمقيم فى العبادات المالية كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لايستويان فى ملك المال وانما الفرق بينهما فى البدن لان المسافر يلحقه المشقة بالاداء بالبدن والدليل عليه ان يحل له التناول منه واطعام الغنى ولو كان واجباً لم يحل له التناول كما فى جزاء الصيد ونحوه ولان التقرب بالاتلاف لا يجب ابتداء بل بسبب من العبد كالعتق فى الكفارات ولهذا أوجبنا الاضحية بالنذر . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى فصل لربك وانحر أى وانحر الاضحية والامر يقتضي الوجوب وقال عليه الصلاة والسلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا والحاق الوعيد لا يكون الا بترك الواجب وقال عليه الصلاة والسلام من ضحى قبل الصلاة فليعد ومن لم يضح فليذبح على اسم الله تعالى والامر يفيد الوجوب وفى قوله عليه الصلاة والسلام ضحوا أمر وقوله فانها سنة أبيكم ابراهيم أي طريقته فالسنة الطريقة فى الدين وذلك لاينفي الوجوب ولاحجة فى قوله عليه الصلاة والسلام ولم تكتب عليكم فانا نقول بأنها غير مكتوبة بل هى واجبة فالمكتوب ما يكون فرضاً يكفر جاحده فقد كان رسول الله

صلى الله عليه وسلم مخصوصاً بكون الاضيحة مكتوبة عليه كما قال وتأويل حديث أبي بكر وعمر رضى الله عنهما انهما لا يضحيان في حال الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين أو في حال السفر وهو تأويل حديث أبي مسعود رضى الله عنه ولا كلام في المسئلة على سبيل المقايسة والعبادات لاتثبت قياساً ولكن على سبيل الاستدلال تقول هذه قربة يضاف اليها وفيها فتكون واجبة كالجمعة وبيان الوصف انه يقال يوم الاضحى وتأثيره أن اضافة الوقت اليه لا تتحقق الاوان يكون موجوداً فيه ولا يكون موجوداً فيه لا محالة الاوان تكون واجبة لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب وان اجتمعوا على ذلك لم يخرج من أن يكون موجوداً فيه استحقاقاً ولجواز الاداء فيه لا يصير الوقت مضافاً اليه كسائر الأيام يجوز فيها الصوم ثم لا يسمى شهر الصوم الا رمضان فعرفنا ان اضافة الوقت الي القربة تدل على وجوبها فيه وانما لا تجب على المسافر لمعنى المشقة فان الاداء يختص بأسباب يشق على المسافر استصحاب ذلك فى السفر ويفوت بمضى الوقت فلدفع المشقة لاتلزمه كالجمعة بخلاف سائر العبادات المالية وإباحة التناول باذن من له الحق فانه بالتضحية يجعلها لله تعالى وقد قال الله تعالي فكلوا منها ولما كان من جنس التقرب بالتمليك ما هو واجب ابتداء فكذلك من جنس التقرب بالاتلاف ما هو واجب ابتداء وليس ذلك الا فى الاضحية وفى الوجوب بالنذر دليل على ان من جنسه واجبا شرعاً فان ما ليس من جنسه واجبا شرعا لا يصح التزامه بالنذر كعبادة المريض * ثم يختص جواز الاداء بأيام النحر وهى ثلاثة أيام عندنا قال عليه الصلاة والسلام أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها فاذا غربت الشمس من اليوم الثالث لم تجز التضحية بعد ذلك . وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه تجوز فى اليوم الرابع وهو آخر أيام التشريق وهذا ضعيف فان هذه القربة تختص بأيام النحر دون أيام التشريق ألا ترى ان الافضل أداؤها في اليوم الاول وهو العاشر من ذى الحجة وهو يوم النحر لا أيام التشريق على ماقيل الايام المعدودات ثلاثة وهى أيام النحر والمعلومات ثلاثة وهى أيام التشريق وتمضي هذه السنة فى أربعة أيام فاليوم الاول من المعدودات خاصة واليوم الآخر من المعلومات خاصة وقيل المعلومات عشر ذى الحجة والمعدودات أيام التشريق * ثم يختص جواز الاضحية بالابل والبقر والغنم ولا يجزئه الا الثنيّ من ذلك في الابل والبقر والمعز ويجزى الجذع من الضأن اذا كان

عظيما سمينا لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال ضحوا بالثنيات ولا تضحوا بالجذعان ولان الجذع ناقص وقد أمرنا فى الضحايا بالاستعظام والاستشراف قال عليه الصلاة والسلام عظموا ضحاياكم فانها على الصراط مطاياكم. فأما الجذع من الضأن يجزئ لحديث أبى هريرة رضي الله تعالى عنه ان رجلا ساق جذعا الي منى فبادت عليه فروى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال نعمت الاضحية الجذع من الضأن فانتهبوها ثم الثنى من الغنم وهو الذى تم له سنتان عند أهل الادب وعند أهل الفقه الذى تمت له سنة والثنى من البقر الذى تم له حولان وطعن في الثالث عند جمهور الفقهاء رحمهم الله ومن الابل الذى تم له خمس سنين والجذع من الابل ما تم له خمس سنين ومن البقر ما تم له حولان وهكذا من الغنم عند أهل الادب وعند أهل الفقه اذا تم له سبعة أشهر فهو جذع بعد ذلك ولا خلاف ان الجذع من المعز لايجوز وانما ذلك من الضأن خاصة * ثم أول وقت الاضحية عند طلوع الفجر الثانى من يوم النحر الا أن فى حق أهل الامصار يشترط تقديم الصلاة على الاضحية فمن ضحى قبل الصلاة فى المصر لاتجزئه لعدم الشرط لا لعدم الوقت ولهذا جازت التضحية فى القرى بعد انشقاق الفجر * ودخول الوقت لايختلف فى حق أهل الامصار والقرى انما يختلفون فى وجوب الصلاة فليس على أهل القرى صلاة العيد وانما عرفنا هذا فى حق أهل الامصار بحديث البراء بن عازب رضي الله تعالى عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته من ضحي قبل الصلاة فليعد فقام خالى أبو بردة بن بشار رضى الله عنه قال انى عجلت نسيكتى لاطعم أهلى وجيرانى فقال عليه الصلاة والسلام تلك شاة لحم فأعد نسيكتك فقال عندى عتود خير من شاتين فقال صلوات الله وسلامه عليه تجزئك ولا تجزئ أحدا بعدك وقال عليه الصلاة والسلام ان أول نسكنا في هذا اليوم أن نصلى ثم نذبح ومن يذبح من أهل الامصار أضحيته قبل أن يصلي الامام لم تجزه عندنا وقال الشافعى رحمه الله اذا مضى من الوقت مقدار مايصلى فيه صلاة العيد عادة جازت الاضحية بعد ذلك لانهم لو صلوا جازت التضحية فلا يتغير ذلك بتأخير الامام الصلاة كما لو زالت الشمس ولكن نقول الواجب مراعاة الترتيب المنصوص وما بقى وقت الصلاة فمراعاة الترتيب ممكن بخلاف ما بعد الزوال فقد خرج وقت صلاة العيد بزوال الشمس فى هذا اليوم ولهذا تجوز التضحية بعد ذلك . قال (واذا ذبحها بعد ما انصرف أهل المسجد قبل أن يصلى أهل الجبانة أجزأه

استحسانا) ومعنى هذا ان للامام أن يخرج بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله تعالى عنه حين قدم الكوفة . قال (واذا ذبح بعد مافرغ أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة فى القياس لاتجزئه) لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك وفى العبادات يؤخذ بالاحتياط ولكنا استحسنا وقلنا قد أديت صلاة العيد فى المصر حتى لو اكتفوا بذلك أجزأهم فتجوز التضحية بعد ذلك لان الترتيب المشروط قد وجد حين ضحى بعد صلاة العيد فى هذا المصر ولم يذكر ما لو سبق أهل الجبانة بالصلاة فضحى رجل قبل أن يصلي أهل المسجد . وقيل فى هذا الموضع يجوز قياساً واستحسانا لان المسنون في العيد الخروج الى الجبانة فأهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا وقيل للقياس والاستحسان فيهما لان أداء الصلاة فى المسجد أفضل منه بالجبانة واذا كان فى الموضع الذى صلى فيه أهل المسجد قياسا واستحسانا لما ذكرنا فهنا أولى . قال (ولا بأس بأن يضحي بالجماء وبمكسور القرن) أما الجماء فلان مافات منها غير مقصود لان الاضحية من الابل أفضل ولا قرن له واذا ثبت جواز الجماء فمكسور القرن أولى وقد روى فى ذلك عن عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه . وكذلك الخصى لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين اقرنين موجوين أو موحوين احدهما عن نفسه والآخر عن أمته . والمراد خصيان وكان ابراهيم يقول مازاد فى لحمه بالخصاء أنفع للمساكين مما يفوت بالانثيين اذ لا منفعة للفقراء فى ذلك . قال (ولا بأس أن يضحى بالجرباء والتولاء اذا كانت سمينة) والجرباء التي بها جرب واذا كانت سمينة فالجرب فى جلدها لا في لحمها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحى بالعجفاء التي لاتنقى . والتولاء هى المجنونة والجنون عيب في القضاة لا فى الشاة فاذا كانت سمينة فما هو المقصود منها باق واشتراط السمن فى الحديث الذى روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين يرعيان فى سواد وينظران في سواد ويأكلان فى سواد ومقصود الراوى من هذه المبالغة بيان السمن . قال (ولا بأس أن يشترك سبعة نفر فى بقرة أو بدنة) وقال مالك رحمه الله يجوز عن أهل بيت واحد بقرة واحدة وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانو أقل من سبعة لقوله عليه الصلاة والسلام على أهل كل بيت فى كل عام أضحاة وعتيرة ومذهبنا مروى عن ابن مسعود وحذيفة رضي الله عنهما والاستدلال بحديث جابر رضي الله عنه قال اشتركنا يوم الحديبية فى

البقرة والبدنة فأجاز النبي عليه الصلاة والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة والمراد بذكر أهل البيت قيم البيت لان اليسار له عادة . وقد ذكر في بعض الروايات على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ويستوى ان كان قصدهم جميعا التضحية أو قصد بعضهم قربة أخرى عندنا وعند زفر لا يجوز الا اذا قصدوا جميعاً التضحية وقال الشافعي يجوز وان كان قصد بعضهم للحم وقد بينا هذا في المناسك . فان كان الشركاء في البدنة ثمانية لم تجزهم لان نصيب كل واحد منهم دون السبع وكذلك ان كان نصيب أحدهم دون السبع حتى لو سئل عن رجل مات وترك ابناً وامرأة وبقرة وضحى بها يوم العيد هل يجوز * والجواب انه لا يجوز لان نصيب المرأة الثمن فاذا لم يجز ثمنها في نصيبها لا يجوز في نصيب الابن أيضاً . فان مات أحد الشركاء في البدنة ورضي ورثته بالتضحية بها عن الميت مع الشركاء في القياس لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان نصيب الميت صار ميراثا والتضحية تقرب بطريق الاتلاف فلا يصح التبرع به من الوارث عن الميت كالعتق واذا لم يجز في نصيبه لم يجز في نصيب الشركاء وفي الاستحسان يجوز لان معنى القربة حصل في اراقة الدم فان التبرع من الوارث عن مورثه بالقرب المالية صحيح كالتصدق وانما لا يجوز العتق لما فيه من الزام الولاء وذلك غير موجود في الاضحية وعلى هذا اذا كان أحد الشركاء أم ولد ضحى عنها مولاه أو صغير ضحى عنه أبوه ولا خلاف انه ليس على المولى ان يضحى عن احد من مماليكه فان تبرع بذلك جاز واذا جعله شريكا في البدنة ففيه قياس واستحسان لما بينا وأما الأب ليس عليه أن يضحى عن ولده الصغار في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أن ذلك عليه كصدقة الفطر لانه جزء منه فكما يلزمه أن يضحى عن نفسه عند يساره فكذلك عن جزئه . وجه ظاهر الرواية ان ما لا يلزمه عن مملوكه لا يلزمه عن ولده كسائر القرب بخلاف صدقة الفطر وهذا لان كل واحد منهما كسبه ولو كانت التضحية عن أولاده واجبة لامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ونقل ذلك كما أمر بصدقة الفطر وان كان للصبي مال فقال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى على الاب والوصي أن يضحى من ماله عند أبي حنيفة رضى الله عنه على قياس صدقة الفطر الأصح أنه لا يجب ذلك وليس له أن يفعله من ماله لانه ان كان المقصود الاتلاف فالأب لا يملكه في مال الولد كالعتق وان كان المقصود التصدق باللحم بعد اراقة الدم فذلك تطوع غير واجب ومال الصبي

لا يحتمل صدقة التطوع . قال (واذا اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها فلا بأس بذلك) لان بنفس الشراء لا تتعين الاضحية قبل أن يوجبها وبعد الايجاب يجوز بيعها فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويكره وفى قول أبى يوسف رحمه الله لا يجوز لتعلق حق الله تعالى بعينها ولكنهما يقولان تعلق حق الله تعالى بها لا يزيل ملكه عنها ولا يعجزه عن تسليمها وجواز البيع باعتبار الملك والقدرة على التسليم ألا ترى انا نجوز بيع مال الزكاة لهذا والاصل فيه ماروى أن النبي عليه الصلاة والسلام دفع ديناراً الى حكيم بن حزام رضى الله عنه ليشترى له شاة للاضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله فى صفقتك أما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به فقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه بعد ما اشتراها للأضحية وان كانت الثانية شرا من الاولى وقد كان أوجب الاولى فتصدق بالفضل فيما بين القيمتين أما جواز الثانية عن الاضحية فلاستجماع شرائط الجواز وأما التصدق فانه لما أوجب الاولى فقد جعل ذلك القدر من ماله لله تعالى فلا يكون له ان يستفضل شيئاً منه لنفسه فيتصدق بفضل القيمة كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام رضي الله عنه بالتصدق بالدينار ومن أصحابنا رحمهم الله من قال هذا اذا كان فقيرا أما اذا كان غنيا ممن يجب عليه الاضحية فليس عليه ان يتصدق بفضل بالقيمة لان فى حق الغنى الوجوب عليه بايجاب الشرع فلا يتعين بتعيينه فى هذا المحل ألا ترى أنها لو هلكت بقيت الاضحية عليه فاذا كان مايضحى به محلا صالحاً لم يلزمه شيء آخر وأما الفقير فليس عليه أضحية شرعاً وانما لزمه بالتزامه فى هذا المحل بعينه ولهذا لو هلكت لم يلزمه شيء آخر فاذا استفضل لنفسه شيئا مما التزمه كان عليه أن يتصدق به . قال الشيخ الامام والاصح عندى أن الجواب فيهما سواء لان الاضحية وان كانت واجبة على الغنى فى ذمته فهو متمكن من تعيين الواجب فى محل فيتعين بتعيينه فى هذا المحل من حيث قدر المالية لانه تعيين مقيد وان كان لا يتعين من حيث فراغ الذمة . قال (والاضحية أحب الى من التصدق بمثل ثمنها) والمراد فى أيام النحر لان الواجب التقرب باراقة الدم ولا يحصل ذلك بالتصدق بالقيمة ففى حق الموسر الذى يلزمه ذلك لا اشكال أنه لا يلزمه التصدق بقيمته وهذا لانه لاقيمة لاراقة الدم واقامة المتقوم مقام ماليس بمتقوم لا تجوز وارقة الدم خالص حق الله تعالى ولا وجه للتعليل فيما هو خالص حق الله تعالى وأشرنا

بهذا الى الفرق بين هذا والزكاة وصدقة الفطر وأما فى حق الفقير التضحية أفضل لما فيه من الجمع بين التقرب باراقة الدم والتصدق ولانه متمكن من التقرب بالتصدق فى سائر الاوقات ولا يتمكن من التقرب باراقة الدم الا فى هذا الايام فكان أفضل وأما بعد مضى أيام النحر فقد سقط معنى التقرب باراقة الدم لانها لاتكون قربة الا فى مكان مخصوص وهو الحرم وفى زمان مخصوص وهو أيام النحر ولكن يلزمه التصدق بقيمة الاضحية اذا كان ممن تجب عليه الاضحية لان تقربه في أيام النحر كان باعتبار المالية فيبقى بعد مضيها والتقرب بالمال فى غير أيام النحر يكون بالتصدق ولانه كان يتقرب بسببين اراقة الدم والتصدق باللحم وقد عجز عن احدهما وهو قادر على الآخر فيأتى بما يقدر عليه . قال (وليس على الرجل أن يضحى عن أولاده الكبار ولا عن امرأته كما ليس عليه صدقة الفطر عنهم فى يوم الفطر) وهذا لان عليهم أن يضحوا عن انفسهم فلا يجب عليه أن يضحى عنهم . قال (واذا ولدت الأضحية قبل ان يذبحها ذبح ولدها معها) لان حكم التقرب باراقة الدم ثبت فى عينها فيسرى الى ولدها لانه متولد من عينها والولد وان لم يكن محلا للتقرب باراقة الدم مقصوداً يثبت الحكم فيه تبعاً للام ولان الشرائط تعتبر فيما هو أصل ووجودها فى الاصل يغنى عن اعتبارها فى البيع فان باعه تصدق بثمنه لان معنى القربة ثابت فيه فلا يكون له ان يصرف ماليته الي نفسه كما فى حق الام وكذلك ان أمسك ولدها حتى مضت أيام النحر تصدق به قال الامام ويكره ان يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها لانه أعدها للقربة بجميع أجزائها فلا ينبغى له أن يصرف شيئا منها الى حاجة نفسه لان ذلك فى معنى الرجوع فى الصدقة وقال عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه فيما دون هذا لا تعد فى صدقتك . قال (ويكره ان يبيع جلد الاضحية بعد الذبح) لقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له وقال لعلي رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط الجزار منها شيئا فكما يكره له ان يعطى جلدها الجزار فكذلك يكره له ان يبيع الجلد فان فعل ذلك تصدق بثمنه كما لو باع شيئا من لحمها . قال(ولا بأس بأن يشترى بجلد الاضحية متاعا للبيت) لانه لو دبغه وانتفع به فى بيته جاز وكذلك اذا اشترى به ماينتفع به فى بيته لان للبدل حكم المبدل وهذا استحسان وقد ذكر فى نودار هشام قال يشترى به الغربال والجراب وما أشبه ذلك ولا يشترى به الخل والمرى والملح وما أشبه ذلك والقياس فى الكل واحد

ولكنه استحسن فقال ما يكون طريق الانتفاع به تناول العين فهو من باب التصرف على قصد التمول فليس له أن يفعل ذلك في جلد الاضحية وما ينتفع به في البيت مع بقاء العين فهو نظير عين الجلد وكان له أن يفعل ذلك . قال (ويكره له أن يحلب الاضحية اذا كان لها لبن فينتفع بلبنها كما يكره له الانتفاع بصوفها) لان اللبن يتولد من عينها وقد جعلها للقربة فلا يصرف شيئاً منها الى منفعة نفسه قبل أن يبلغ محله ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص منه اللبن ولا يتأدي به الا أن هذا انما ينفع اذا كان يقرب من أيام النحر فأما اذا كان بالبعد فلا يفيد هذا لانه ينزل ثانياً وثالثاً بعد ما يتقلص ولكنه ينبغي له أن يحلبها ويتصدق باللبن كالهدي اذا عطبت قبل أن يبلغ محله فان عليه أن يذبحها ويتصدق بلحمها وقد بيناه في المناسك . قال (وان اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك معه ستة أجزأه استحساناً) وفي القياس لا يجزئه وهو قول زفر رحمه الله لانه أعدها للقربة فلا يكون له أن يبيع شيئاً منها بعد ذلك على قصد التمول والاشتراك بهذه الصفة يوضحه أن هذا رجوع منه عن بعض ما تقرب به وذلك حرام شرعاً . وجه الاستحسان انه لو أشركهم معه في الابتداء بأن اشتروا جملة جاز فكذلك اذا أشركهم بعد الشراء قبل إتمام المقصود وهذا لان الانسان قد يبتلى بهذا فانه قد يجد بقرة سمينة فيشتريها ثم يطلب شركاءه فيها فلو لم يجز ذلك أدى الى الحرج . قال (ولو فعل ذلك قبل أن يشترى كان أحسن) لانه أبعد عن الاختلاف وليس فيه معنى الرجوع في القربة لا صورة ولا معنى فكان ذلك أفضل . قال (ولا تجوز العوراء في الاضحية) لقوله عليه الصلاة والسلام استشرفوا العين والاذن وفي حديث البراء بن عازب رضي الله عنه قال نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحي بأربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى ثم الأصل أن العيب الفاحش مانع لقوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون واليسير من العيب غير مانع لان الحيوان قلما ينجو من العيب اليسير فاليسير ما لا أثر له في لحمها وللعور أثر في ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين وعند قلة العلف يتبين العجف ثم العين والأذن منصوص على اعتبارها فاذا كانت مقطوعة الأذن لم تجز لانعدام شرط منصوص واذا كانت مقطوعة الطرف فكذلك بطريق الأولى . قال وان كان المقطوع بعض ذلك ففي ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ان كان المقطوع

أ كثر من الثلث لايجزئه وان كان الثلث أو أقل يجزئه وهكذا روى هشام عن محمد رحمها الله اعتباراً بالوصية فان الثلث في الوصية كما دونه ولا تجوز الوصية بأ كثر من الثلث وفى رواية بشر عن أبى حنيفة رحمه الله اذا كان الذاهب أقل من الثلث يجوز وان كان أ كثر من الثلث لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وفي رواية ابن شجاع اذا كان الذاهب الربع لا يجزئ لان للربع حكم الكمال كما فى مسح الرأس وقال أبو يوسف رحمه الله اذا بقى الا كثر من العين والأذن اجزأه قال وذكرت قولى لابى حنيفة فقال قولى قولك. قيل هذا رجوع من أبى حنيفة الى قوله وقيل معناه قولى قريب من ذلك. وجه قول أبى يوسف ان القلة والكثرة من الاسماء المقابلة فاذا كان الذاهب أقل من النصف قلنا اذا قابلت الذاهب بالباقى كان الباقى أ كثر واذا كان الذاهب أ كثر من النصف فاذا قابلته بالباقى كان الذاهب أ كثر فاذا كان الذاهب النصف قال لا يجوز لانه لما استوى المانع والمجوز يترجح المانع احتياطاً. فأما الشق فى الأذن فهو عيب يسير ألا ترى انه يفعل ذلك للعلامة بمنزلة السمة فلا يمنع الجواز ومن العلماء رحمهم الله من لايجوز لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يضحي بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة. فالشرقاء ان يكون الخرق فى أذنها طولا والخرقاء ان يكون عرضاً والمقابلة قطع فى مقدم أذنها والمدابرة فى مؤخر أذنها وتأويل ذلك عندنا اذا كانت بعض الأذن مقطوعة وكان الذاهب أ كثر من الثلث لما بينا فأما العرجاء اذا كانت تمشى فلا بأس به لانه عليه الصلاة والسلام سئل عن العرجاء فقال اذا كانت تبلغ فلا بأس به فاذا كانت لا تقوم ولا تمشي لا يجوز لان ذلك يؤثر في لحمها فانها لا تعلف الا ما حولها واذا كانت تمشى فهى تذهب الى العلف فلا يؤثر فى لحمها. ولا تجزئ العجفاء التى لا تبقى للنهى الذى روينا ولان هذا عيب فاحش أثر فى لحمها ويستوى ان اشتراها كذلك أو صارت عنده كذلك وهو موسر لان الواجب فى ذمته بصفة الكمال فلا يتأدى بالناقص فأما اذا كان معسراً أجزأه لانه لا واجب في ذمته بل يثبت الحق فى العين فيتأدى بالعين على أى صفة كانت وذلك مروى عن علي رضى الله عنه وكذلك لو ماتت عنده أو سرقت فعليه بدلها ان كان موسراً ولا شيء عليه ان كان معسراً وعلى هذا قالوا الموسر اذا ضلت أضحيته فاشترى أخرى ثم وجد الأولى فله ان يضحى بأيهما شاء وان كان معسراً فاشتراها وأوجبها فضلت ثم اشترى أخرى فأوجبها ثم وجد الأولى فعليه ان يضحى بهما لان الوجوب فى العين

بايجابه وقد وجد ذلك في الثانية كالأولى وان أصابها شيء من هذه العيوب في اضطرابها حين أضجعها للذبح وذبحها على مكانها ففي القياس لا تجزئه لانه تأدى الواجب بالاضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عند التضحية بها وفي الاستحسان تجزئه لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فقد ينقلب السكين من يده فتصيب عينها فيجعل ذلك عفواً لدفع الحرج ولانه أضجعها ليتقرب باتلافها فتلف جزء منها في هذه الحالة من عمل التقرب فلا يمنع الجواز بخلاف ما قبل الاضجاع وعن أبي يوسف قال اذا أصابها ذلك في يوم النحر ثم ضحى بها بعد ذلك بيوم أو يومين جاز لانه جاء وقت اتلافها تقرباً فتلف جزء منها في هذه الحالة لا يمنع الجواز قال (ولا يجوز أن يضحى بشاة ليس لها أذنان خلقت كذلك وهي السكاء) لان قطع الأذن لما كان مانعاً من الجواز فعدم الأذن أصلا أولى بعض فأما صغيرة الأذن تجزى لان الأذن منها صحيحة وان كانت صغيرة وأما الهتماء فكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا لا يجوز أن يضحي بها وان كانت تعتلف ثم رجع وقال يجوز اذا كانت تعتلف لانه وقع عنده في أن يضحى بها لان الهتماء ليس لها اسنان ثم علم بعد ذلك أن الهتماء مكسورة بعض الاسنان فاذا كانت تعتلف فالباقي من الاسنان أكثر من الذاهب وذلك لا يمنع الجواز عنده ثم قال والتي لا اسنان لها بمنزلة التي لا اذن لها فكل واحد منهما مقصود في البدن بل السن في الانعام أقرب الى المقصود من الاذن لانها تعتلف بالاسنان .

قال (ولا يجوز في الضحايا والواجبات بقر الوحش وحمر الوحش والظبي) لان الاضحية عرفت قربة بالشرع وانما ورد الشرع بها من الانعام ولان إراقة الدم من الوحشي ليس بقربة أصلا والقربة لا تتأدى بما ليس بقربة واذا كان الولد بين وحشي وأهلي فان كانت الام أهلية جازت التضحية بالولد وان كانت وحشية لا تجوز لان الولد جزء من الام فان ماء الفحل يصير مستهلكا بحضانتها وانما ينفصل الولد منها ولهذا يتبعها في الرق والملك فكذلك في التضحية وهذا لانه ينفصل من الفحل وهو ماء غير محل لهذا الحكم وينفصل من الام وهو حيوان محل لهذا الحكم فلهذا جعلناه معتبراً بالام . قال (رجل ذبح أضحية غيره بغير اذنه ففي القياس هو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية) وهو قول زفر لانه متعد في ذبح شاة الغير فكان ضامنا كمن ذبح شاة القصاب ثم الاضحية لا تتأدى الا بعمل المضحى ونيته ولم يوجد ذلك حين فعله الغير بغير اذنه ففي القياس هو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية . ولكنا نستحسن ونقول يجزئه ولا ضمان على الذابح لانه لما عينها للاضحية فقد صار مستعنيا بكل واحد

بالتضحية بها في أيام النحر لان ذلك يفوته بمضي الوقت وربما يعرض له عارض في أيام النحر والاذن دلالة كالاذن إفصاحاً كما في شرب ماء في السقاية ونظائرها . وقال الشافعي رحمه الله يجزئه من الاضحية ولكن الذابح ضامن لقيمتها وهذا بعيد فالجواز لا يكون الا بعد وجود الاذن دلالة ولو وجد الاذن افصاحا لم يضمن فكذلك اذا وجد الاذن دلالة وعلى هذا لو أن رجلين غلطا فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه على نفسه أجزأ كل واحد منهما استحسانا ويأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه فان كانا قد أكلا ثم علما فليحالل كل واحد منهما صاحبه ويجزئهما لانه لو أطعم كل واحد منهما صاحبه لحم أضحيته جاز ذلك غنيا كان أو فقيرا . قال أبو يوسف رحمه الله ان تشاحا فلكل واحد منهما تضمين صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة كما لو باع لحم أضحيته فعليه أن يتصدق بالثمن . قال (ولو أمر مجوسيا فذبح أضحيته لم تجزه) لان هذا افساد لا تقرب فان ذبيحة المجوسي لا تؤكل ولو أمر يهوديا أو نصرانيا بذلك أجزأه لانهما من أهل الذبح ولكنه مكروه لان هذا من عمل القربة وفعله ليس بقربة . قال (فان ذبح أضحيته بنفسه فهو أفضل) لان النبي عليه الصلاة والسلام لما ساق مائة بدنة نحر منها ثلاثا وستين بنفسه ثم ولى الباقي عليا رضى الله عنه وحين ضحى بالشاتين ذبحهما بنفسه ولكن هذا اذا كان يحسن ذلك فان كان يخاف أن يعجز عن ذلك فالافضل أن يستعين بغيره ولكنه ينبغى له أن يشهدها بنفسه لما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام قال لفاطمة رضي الله تعالى عنها قومي فاشهدي أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب اما أنه يجاء بلحمها ودمها يوم القيامة فيوضع فى ميزانك سبعين ضعفا قال أبو سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه أهذا لآل محمد عليه الصلاة والسلام فهم أهل لما خصوا به من الخير أم للمسلمين عامة قال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة . قال (والاضحية تجب على أهل السواد كما تجب على أهل الامصار) لانهم مقيمون مياسير وانما لم تجب على المسافرين لما يلحقهم من المشقة فى تحصيلها وذلك غير موجود فى حق أهل القرى وفى الاصل ذكر عن ابراهيم قال هى واجبة على أهل الامصار ماخلا الحاج وأراد بأهل الامصار المقيمين وبالحاج المسافرين فاما أهل مكة فعليهم الاضحية وان حجوا . قال (ولا بأس لاهل القرى أن يذبحوا الاضاحى بعد انشقاق الفجر) لما بينا أن دخول الوقت بانشقاق الفجر من يوم النحر الا ان أهل الامصار عليهم الصلاة فيلزمهم مراعاة الترتيب ولا صلاة على

أهل القرى لقوله عليه الصلاة والسلام لاجمعة ولا تشريق الا فى مصر جامع * ثم المعتبر المكان الذى فيه الاضحية حتى اذا كان الرجل بالمصر وأضحيته بالسواد يجوز أن يضحى بها بعد انشقاق الفجر فأما اذا كان هو بالسواد وأضحيته بالمصر لايجوز أن يضحى بها الا بعدفراغ الامام من الصلاة وقد بينا أن أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وذلك مروى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله تعالى عنهم . قال (ويجزيه الذبح في لياليها الا انهم كرهوا الذبح فى الليالى) لانه لا يأمن أن يغلط فتفسد الظلمة الليل ولكن هذا لايمنع الجواز . قال (وليس على أهل منى يوم النحر صلاة العيد) لأنهم فى وقت صلاة العيد مشغولون باداء المناسك فلا يلزمهم صلاة العيد ويجوز لهم التضحية بعد انشقاق الفجر كما لايجوز لاهل القرى والله سبحانه وتعالى أعلم

باب من الصيد أيضاً

قال رحمه الله تعالى ومن انفلت من يده صيد بعد ما أحرزه فأخذه غيره فهو للاول) لانه مال مملوك له فلا يزول ملكه بالانفلات من يده ولا يملكه الثانى بالاخذ لانه بالاخذ يملك الصيد المباح لا المال المملوك كمن أبق عبده فأخذه انسان آخر لايملكه ومن نصب شبكة فوقع فيها صيد وصار بحيث لايقدر على الذهاب فأخذه رجل فصاحب الشبكة أحق به لانه صار آخذا له بالوقوع في شبكته وهذا بخلاف مالو ضرب فسطاطا فتعلق به صيد فأخذه انسان فهو للآخذ لان ناصب الشبكة يقصد الاصطياد فيصير هذا آخذا للصيد بالوقوع في شبكته ولهذا لو فعله محرم كان ضامناً وضارب الفسطاط ماقصد الاصطياد فلا يكون آخذاً له وان تعلق بفسطاطه ولهذا لو فعله محرم لم يضمن . قال (ومن أخذ بازيا أو شبهه فى مصر أو سواد وفى رجليه سير أو جلاجل وهو يعرف انه أهلى فعليه ان يعرفه ليرده على صاحبه)لانه تيقن بثبوت يد الغير عليه قبله فانه لايخرج من البيضة مع الجلاجل فاما أن يكون انفلت من يد صاحبه أو أرسله فلا يزول ملكه في الوجهين كمن سيب دابته فعرفنا انه ملك الغير فى يده بمنزلة اللقطة فعليه أن يعرفه ليرده على صاحبه وكذلك ان أخذ ظبيا وفى عنقه قلادة وكذلك لو أخذ حمامة فى المصر يعرف ان مثلها لا يكون وحشية فعليه أن يعرفها لانها بمنزلة اللقطة . وبهذا تبين ان من اتخذ برج حمام فأوكرت فيه حمام الناس فما يأخذ من فراخها لا

يحل له لان الفرخ يملك بملك الاصل فهو بمنزلة اللقطة في يده الا انه ان كان فقيراً يحل له التناول لحاجته وان كان غنيا ينبغي له أن يتصدق بها على فقير ثم يشتري منه بشئ فيتناول وهكذا كان يفعله شيخنا الامام شمس الائمة رحمه الله تعالى وكان مولعا بأكل الحمام . قال (ومن كان عنده صيد فارسله عند احرامه فأخذه حلال ثم حل الاول فله أن يسترده منه) لان الواجب عليه رفع يده عن الصيد لا ازالة ملكه ألا ترى أن الرجل يحرم وله صيود في بيته فلا يلزمه شئ واذا كان بعد الارسال باقيا على ملكه لم يملكه الآخذ فله أن يسترده قال (ومن قتل بازيا معلما أو كلبا معلما لرجل فعليه قيمته) وقد بينا في هذه المسألة ان الكلب المعلم مال متقوم يجوز بيعه عندنا ويضمن متلفه وانما تعتبر قيمته كذلك بخلاف المحرم اذا قتل بازيا معلما فلا يعتبر في ايجاب القيمة عليه كونه معلما لان الجزاء على المحرم يجب حقا لله تعالى لمعنى الصيد في يد المقتول وبكونه معلما ينتقص ذلك لانه يخرج به من أن يكون متوحشا فلا يزاد به قيمته في حق الله تعالى فأما وجوب الضمان للآدمي لكونه مالا منتفعا به ويزداد ذلك بكونه معلما فلهذا اعتبر قيمته كذلك فان كان الكلب ليس بكلب صيد ولا ماشية فقتله رجل غرم قيمته أيضا ومراده اذا كان بحيث يقبل التعليم حتى يكون مالا منتفعا به وان كان عقوراً لا يقبل التعليم فمتلفه لا يضمن شيئا لانه غير مؤدى وليس بمال منتفع به وقد بينا جواز بيع كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير لانه يقبل التعليم ويتأتى الانتفاع به ولا يجوز بيع لحم شيء من ذلك لانه لا منفعة في اللحم سوى الا كل فاذا لم يكن مالا مأكولا لا يكون مالا متقوماً وجواز البيع يختص بمال متقوم حتى اذا كان له ثمن بأن كان يرغب فيه لاطعام الكلاب والسنانير جاز بيعه اذا كان مذكى الا أن يكون ميتة وما كان من جلودها اذا دبغها رجل وباعها جاز بيعها لانه مال منتفع به وان كانت غير مدبوغة لم يجز ومراده اذا كانت ميتة فأما اذا كانت مذكاة يجوز وقد بينا أن عمل الذكاة في الحل والطهارة في مأكول اللحم وفي طهارة الجلد في غير مأكول اللحم كالدباغ . قال (وان وجد في الماء سمكة مقطوعة لا يدرى من قطعها فلا بأس بأكلها) لانه ليس فيها ما يدل على سبق يد اليها لتوهم أن يكون فعله بها سمكة أخرى وان أصاب في وسطها أو في موضع منها خيطا مربوطا لم يأكلها ويعرفها لانه علم أن يدا أخرى سبقت اليها فكانت بمنزلة اللقطة فيعرفها . قال (ومن سمع حسا ظن انه حس صيد فرماه أو

أرسل كلبه فأصاب صيدا فان كان ذلك الحس حس صيد فلا بأس بما أصاب ذلك وان كان حس انسان أو غيره من الاهليات لم يحل له ذلك الصيد) لانه رمى الى الحس والرمى الى الاهلي لا يكون اصطيادا وحل الصيد بوجود فعل الاصطياد فاما اذا كان الحس حس صيد فرميه وارساله الكلب كان اصطيادا فيحل تناوله اذا أصاب صيدا مأكولا سواء كان الحس حس صيد مأكول أو غير مأكول وعن زفر رحمه الله قال ان كان الحس حس صيد مأكول لم يحل تناوله وان أصاب صيداً مأكولا لان فعله لم يكن مبيحاً ألا ترى أنه لو أصاب ما قصده لم يفد الحل وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا كان الحس حس خنزير لم يحل وان أصاب رميه الصيد بخلاف السباع لان الخنزير من المحترم العين فأما في سائر السباع فان فعله مؤثر في طهارة الجلد فاذا أصاب ما يحل تناوله كان مؤثرا في اباحة اللحم أيضاً والصحيح ما بينا ان فعل الانسان في كل متوحش اصطياد فأما حل التناول باعتبار صفة في المحل فاذا أصاب فعله في الاصطياد محلا مأكولا قلنا يباح تناوله وان لم يتبين ما كان ذلك الحس لم يحل له أكله لاجتماع المعنى الموجب للحل والمعنى الموجب للحرمة وفي النوادر إذا رمى طيراً فاصاب صيداً وذهب الطير فلم يعرف ان كان أهلياً أو وحشياً حل له أن يتناول الصيد لان الطير في الاصل وحشي بخلاف ما لو رمى بعيرا فأصاب صيداً وذهب البعير فلم يعرف ان كان أهليا أو متوحشا فانه لا يحل تناول الصيد لانه مألوف في الاصل والتوحش منه نادر فتمسك بالاصل حتى يظهر خلافه وان سمع حسا فظن أنه إنسان فرماه فأصاب ما رماه وتبين انه كان صيداً يحل تناوله لان حقيقة فعله اصطياد وظنه بخلاف حقيقة فعله لغو. قال (ولو رمى خنزيرا أهليا فأصاب صيداً لم يؤكل) لان الخنزير الاهلي ليس بصيد فهو والرمي شاة سواء وكذلك لو رمى حربياً مختفياً أو موثقاً فأصاب صيداً لم يؤكله لان رميه الى الحربي ليس باصطياد ولا هو مؤثر في الحل فلهذا لا يحل تناول ما أصابه من الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الصيد في الحرم

قال رحمه الله تعالى (واذا خرج الصيد من الحرم الى الحل فلا بأس باصطياده) لانه صيد الحل كما كان قبل دخوله الحرم وهذا لان المانع من اصطياده كان حرمة الحرم وقد زال بخروجه الى الحل فهو نظير محرم حل من احرامه وفيه نص وهو قوله تعالى واذا حللتم

فاصطادوا . قال (وان رمى رجل صيداً في الحل فأصابه ثم دخل الصيد الحرم فمات منه لم يكن عليه جزاء) لان وجوب الجزاء باعتبار فعل المحظور وفعله كان مباحاً وهو الرمى الى صيد في الحل أو باعتبار حرمة المحل ولم يكن محترماً حين ما أصاب السهم الصيد فهو كما لو رمى الى حربي أو مرتد فأصابه ثم أسلم وفى القياس لا بأس بأكله لان فعله كان مذكيا له ألا ترى أنه لو مات في الحل حل تناوله فكذلك اذا مات بعد ما دخل الحرم لانه دخله وهو مذكى وحرمة الحرم انما تظهر في حق الصيد لا في حق المذكى ولكنه استحسن فقال يكره أكله لان حل التناول عند زهوق الروح وهو عند ذلك في الحرم والحكم يضاف الى الشرط وجوداً عنده كما يضاف الى السبب ثبوتا به فاعتبار هذه الحالة يوجب الحرمة واعتبار حالة الاصابة يبيح فيغلب الموجب للحرمة وبه فارق الجزاء لان الجزاء بالشك لا يجب ولان الجزاء باعتبار الفعل فان الحل صفة في المحل والمحل في الحرم عند ثبوت صفة الحل فيه . قال (وان أصابه في الحرم فمات في الحل فلا خير في أكله) لان الحل باعتبار الاصابة وقد أصابه وهو صيد الحرم وهذه هي المسألة المستثناة من أصلنا ان المعتبر لحالة الرمى فيما ينبني عليه الاحكام دون حالة الاصابة فان في حل التناول يعتبر حالة الاصابة أيضا لان الحل صفة للمحل وانما يثبت في المحل عند الاصابة فلا بد من اعتبار تلك الحالة فيه وكذلك ان أصابه في الحل وقد رماه من الحرم لان الرمى من الحرم قتل محظور قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم قيل معناه وأنتم في الحرم لانه يقال أحرم اذا دخل في الحرم كما يقال أشأم اذا دخل الشام والموجب للحل الذكاة لا القتل المحظور والدليل عليه وجوب الجزاء على الرامى فهو من هذا الوجه بمنزلة محرم يقتل صيدا وكذلك ان رماه من الحل في الحرم لان الصيد اذا كان في الحرم فهو ممنوع من الرمى اليه وان كان في الحل فيكون فعله فعلا محظورا ألا ترى ان عليه قيمة الجزاء ولو كان الرامى في الحل والصيد في الحل فمر السهم في الحرم حتى أصاب الصيد فلا بأس بأكله وان تعمد ذلك لان الرمى مباح له فكان فعله ذكاة شرعا وهذا لان الحرمة باعتبار معنى في المحل وفى الرامى ولم يوجد ذلك لان اصل السبب فعل الرامى وثبوت الحكم عند الاصابة وما بين ذلك غير معتبر أصلا في اضافة الحكم اليه . قال (فان رمى نصرانى من الحرم صيدا في الحل فمات فلا خير في أكله) لان النصرانى في حكم الذكاة لا يكون أعلى من المسلم فاذا كان هذا الفعل من المسلم لا يبيح الصيد فكذلك من النصرانى

كما لو ترك التسمية عمداً ﴿فان قيل﴾ المنع من الرمى صوب الحرم حق الشرع والنصرانى لايخاطب بذلك ولهذا لايلزمه الجزاء ﴿قلنا﴾ حرمة الحرم تظهر فى حق الكافر كما تظهر في حق المسلم ولهذا لايقتل الحربى والمرتد فى الحرم ثم النصرانى فى حكم الذكاة تبع للمسلم والتبع يلحق بالاصل فى حكمه وان لم يشاركه فى علته * وكذلك لوذبح نصرانى أو صبي صيدا في الحرم لم يؤكل لانهما في حكم الذكاة تبع للمسلم البالغ فاذا لم يكن هذا الفعل من المسلم البالغ واجبا للحل فكذلك من النصرانى والصبي. قال (ولو ان رجلا أخرج صيدا من الحرم فذبحه في الحل فعليه جزاؤه) لانه كان في الحرم آمنا صيداً وقد زال ذلك بأخذه واخراجه وكان مطالباً شرعاً باعادته الى مأمنه وإرساله فيه وقد فوت ذلك بذبحه فعليه الجزاء والتنزه عن أكله أفضل بخلاف ما اذا ذبحه فى الحرم فان ذلك حرام تناوله لانه حين ذبحه كان صيد الحرم ففعله فيه يكون قتلاً ولا يكون ذكاة وهنا حين ذبحه كان صيد الحل فيكون فعله فيه ذكاة وباعتبار هذا الفعل لا يلزمه الجزاء وإنما يلزمه بالاخذ السابق فلهذا لا يحرم تناوله إلا أن التنزه عنه أفضل لان تقرر الجزاء عليه بفعل الذبح وان كان الوجوب سبب الاخذ فباعتبار هذا المعنى يمكن شبهة فيه ولأنا لوأطلقنا له حق التناول تطرق الناس الى ذلك فيخرجون الصيد من الحرم ويذبحونه فى الحل وفي ذلك تعليل صيد الحرم فللمنع من هذا قلنا التنزه عن أكله أفضل. وكذلك ان كان صاده أولاً فى الحل ثم أدخله الحرم ثم أخرجه الى الحل لانه حين أدخله الحرم فقد صار صيد الحرم فهو والمأخوذ في الحرم سواء بدليل وجوب الجزاء عليه وهذا عندنا فأما عند الشافعى رحمه الله تعالي حرمة الحرم لا تظهر فى حق صيد مملوك فاذا ملكه بالاخذ فى الحل ثم أدخله الحرم لم يثبت له حرمة الحرم وعندنا حرمة الحرم فى حق الصيد كحرمة الاحرام فكما يحرم عليه بالاحرام امساك الصيد المملوك ويلزمه إرساله فكذلك يحرم بسبب الحرم إمساكه وقد بيناهذا في المناسك * وكذلك حلال أحرم وفى يده صيد ثم حل ثم ذبحه فهذا والاول سواء لانه لما أحرم فقد وجب عليه إرساله وحين ذبحه تقرر عليه جزاؤه وان كان بعد الحل فلهذا كره أكله. قال (محرم صاد صيداً فدفعه الي حلال فذبحه فهو والاول سواء) لانه بما صنع مفوت مالزمه من الارسال ومقرر للجزاء على نفسه فهو كما لو ذبحه بنفسه بعد ماحل من إحرامه ولو ذبحه بنفسه بعد ماحل من احرامه وهو محرم أو في الحرم كان ذلك أشد من هذا حالا فان ذلك بمنزلة الميتة وهذا مكروه

التناول لان الحل باعتبار فعل الذكاة وفعل المحرم أو الذى فى الحرم محظور فلا يكون ذكاة شرعا فاما المدفوع اليه حلال فعله فى حق نفسه ذكاة ولكن باعتبار أنه مفوت للارسال ومقرر للجزاء على الآخذ يلحقه نوع خطر وذلك ليس لمعنى فى نفس الفعل فلا يثبت به الحرمة مطلقاً وانما تثبت الكراهة . قال (وان أرسله المحرم فذبحه حلال فلا بأس به) لان المحرم أتى بما هو المستحق عليه فيخرج به من عهدة أخذه وذبح الحلال إياه كذبح صيد آخر فى الحكم . قال (ولو أن حلالا أخرج صيداً من الحرم الى الحل فأرسله فصاده حلال فذبحه فلا باس بأكله) لانه صيد الحل فانه بالارسال قد خرج من يد الذى أخرجه من الحرم فهو والذى خرج بنفسه من الحرم سواء فى حل التناول ولكن على الذى أخرجه الجزاء لان المستحق عليه شرعاً اعادته الى مأمنه فانه بالاخراج من الحرم ازال الامن عنه فاذا تلف قبل العود الى مأمنه تقرر الجزاء عليه لانعدام ما ينسخ فعله بخلاف الاول فان على المحرم رفع اليد عنه بالارسال فينفسخ حكم فعله بمجرد إرساله ووزان هذا من ذلك ما لو عاد الصيد الى الحرم بعد ما أرسله ثم أصابه ما أصابه وكذلك لو كان الذى أخرجه من الحرم هو الذى صاده بعد ما أرسله فذبحه لم يكن بأكله بأس لانه حلال ذبح صيداً فى الحل فهو وغيره في الحالين سواء قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو وغيره سواء فى ذلك الا أن عليه الجزاء وأبو حنيفة رحمه الله في هذا لا يخالفهما والمعنى فيه ان الحل باعتبار الفعل الثانى ووجوب الجزاء عليه باعتبار فعله الاول وهو اخراجه من الحرم ولم يبق ذلك الاخراج بعد ما أرسله فلهذا لا تثبت الحرمة ولكن بقاء الفعل غير معتبر في بقاء ما وجب به من الجزاء بخلاف ما اذا ذبحه في الحل قبل ان يرسله ودفعه الى غيره فذبحه لان تلك اليد باقية حقيقة وحكماً وانما تمكن من الذبح باعتبارها فلهذا كره أكلها . قال (محرم أصاب صيداً فادخله منزله فى الحل فجاء بعض أهله فذبحه فلا بأس بأكله) وأضاف الجواب الى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لم يحفظ جواب أبي حنيفة رحمه الله لان جوابه يخالف جوابهما وهذا لان الذابح حلال وقد ذبحه فى الحل ولو أرسله المحرم في غير منزله فذبحه حلال حل تناوله فكذلك اذا أرسله فى منزله الا أن على المحرم الجزاء لانه ما نسخ حكم فعله بارساله اياه من منزله فان معنى الصيدية من حيث التنفير والاستيحاش لمن بعد اليه كما كان قبل أخذه فلهذا كان عليه الجزاء بخلاف ما لو أرسل جارحا من منزله . قال ولا يعجبنا هذا الفعل لان فعل بعض أهله في الذبح كفعله من وجه فانه ينفق

عليهم ليفعلوا له مثل هذه الافعال فمن هذا الوجه الذابح كالمأمور من جهته فلهذا قال لا يعجبنا هذا الفعل وكذلك ان أرسله فى منزله فخرج من منزله فتبعه بعض أهله وذبحه ولم يأمره بذلك فهذا والاول سواء ولا أكره أكله وفى رواية أبى حفص قال وأكره أكله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بأكله * والحاصل أنه لم يتم ارساله بعد فى حق نسخ الفعل لان الذى تبعه انما يتمكن من أخذه باعتبار الفعل الموجود من المحرم فكان عليه الجزاء لذلك الا ان فى اباحة التناول هما يقولان لو أرسله خارجا من منزله حل تناوله اذا ذبحه انسان بعد ذلك فكذلك اذا أرسله فى منزله فخرج هكذا وجه رواية ابى سليمان حيث قال ولا أكره أكله ووجه رواية أبى حفص وهو انه لما أرسله بمرأى العين من بعض أهله فقد طلب منه دلالة أن يتبعه فيأخذه ولو أمره بذلك نصا كان تناوله مكروها فكذلك اذا كان طالبا لذلك الفعل دلالة . قال (وان انفلت من المحرم فى جوف المصر أو أرسله فأخذه إنسان فذبحه فهذا كانه فى يده حتى يرسله) لان بالارسال فى جوف المصر لم يعد اليه التنفير والاستيحاش على الوجه الذى كان قبل أخذه فلا ينسخ به حكم فعله وهذا لان ما فى جوف المصر يمكن أخذه بغير اصطياده عادة ولهذا قلنا لو ندت شاة فى المصر لم تحل بالرمى . قال (واذا انفلت منه فى الصحراء لا يقدر على أخذه الا بصيد فرماه حلال فلا بأس به كما لو أرسله فى الصحراء) وهذا لان حكم فعله قد انتسخ حين عاد صيدا متوحشا كما كان فكأنه لم يأخذه قط . قال (حلال ارسل كلبه على صيد فى الحل فتبعه الكلب حتى أدخله الحرم فقتله فيه كرهت له أكله) لما بينا ان الحل يثبت عند الاصابة وعند ذلك هو صيد الحرم وان كان أصل الارسال فى الحل فكذلك اذا أدركه صاحبه حيا فأخذه وأخرجه الى الحل وذبحه لانه حين أخذه من فم الكلب فهو صيد الحرم وقد بطل حكم ذلك الارسال حين وقع فى يده حيا (فجواب) هذا الفصل كجواب ما لو أخرج صيدا من الحرم وذبحه فى الحل . وان أرسل كلبه من الحرم على صيد فى الحل كرهت له أكله وعليه الجزاء لان ارساله الكلب على الصيد اصطياد ومن هو داخل الحرم ممنوع من الاصطياد فارسال الكلب عليه والرمى اليه سواء كما بينا . قال (وان أرسله فى الحل على صيد فى الحرم فتبعه حتى أخرجه الى الحل ثم أخذه وقتله كرهته أيضا) لانه أرسله على صيد الحرم وذلك فعل محظور فهو كما لو رمى الصيد فى الحرم فخرج من الحرم قبل الاصابة . قال (وان أخذه من الكلب حيا فى الحل فذبحه كرهت له هذا الصنع ولا

بأس بأكله في القياس) لانه حين أخذه حيا فقد بطل حكم ارسال الكلب حتى لا يحل الا بذكاة الاختيار فانما بقي المعتبر أخذه وذبحه وقد حصل في صيد الحل فلا بأس بأكله وانما كره له هذا الصنع لتمكنه من أخذه بذلك الارسال السابق وقد كان حراماً بكون الصيد في الحرم عند ذلك . قال (ظبي بعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم رماه حلال في الحرم فقتله فانه يكره أكله لوجوب الجزاء عليه) وهذا لان قوام الصيد بقوائمه واعتبار مافي الحرم من قوائمه يجعله صيد الحرم وهذا الجانب يترجح لانه جانب الحظر وجانب الحرمة لحق الشرع وان كانت قوائمه في الحل ورأسه في الحرم فلا بأس بأكله لانه صيد الحل فان قوام الصيد بقوائمه . وقيل هذا اذا كان قائماً فان كان نائماً فهذا والاول سواء لان استمساكه على الارض في حال نومه باعتبار جميع بدنه فاذا كان جانب منه في الحرم فهو صيد الحرم وقد بينا في المناسك في الشجرة ان المعتبر موضع أصلها لا موضع أغصانها وفي الصيد الواقع على بعض اغصانها يعتبر موضع ذلك الغصن لان قوام الصيد ليس بغصن الشجرة قال الله تعالى مايمسكهن الا الله فأما قوام غصن الشجره فبأصلها ففي حق ضمان الغصن يعتبر موضع أصل الشجرة وفي حق ضمان الصيد يعتبر الموضع الذي فيه الصيد فان كان في هواء الحرم فهذا الصيد صيد الحرم . قال (وان اشترك الحلال والمحرم في رمي الصيد لم يحل أكله) لان اعتبار فعل المحرم محرم والموجب للحرمة يغلب على الموجب للحل كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل الصيد . قال (رجل أرسل بازيا على صيد في الحرم فتبعه حتى أخرجه الى الحل فقتله كرهت أكله) لان أصل السبب ارسال البازي وقد كان محظورا فان أرسله على صيد في الحرم فاعتباره يثبت الكراهة . قال (حلال أخرج ظبية من الحرم فولدت أولاداً ثم ذبحها وأولادها فليس أكلها وأكل أولادها بحرام) لان الحل بالذبح وقد حصل من حلال في صيد في الحل . ولكن لا يعجبني هذا الفعل لانه لو أذن في ذلك تطرق الناس اليه ولانه تمكن من الذبح بالاخذ السابق وقد كان ذلك الاخذ حراماً عليه وعليه الجزاء فيها وفي أولادها لان الارسال والاعادة الى المأمن مستحق عليه فيها وفي أولادها فاذا فوت ذلك بالذبح كان عليه الجزاء ولانه انما يضمن جزاء الام لاتلافه معنى الصيدية فيها باثبات اليد عليها وهذا المعنى موجود في ولدها وكذلك ان أدى الجزاء عنها ثم ذبحها فهذا والاول سواء لانه مطالب بارسالها واعادتها

الى الماء من بعد أداء الجزاء فان البدل انما يظهر حكمه عند فوات الاصل فأما مع القدرة على الاصل فلا معتبر بالبدل وما ولدت فى يده بعد اداء الجزاء فليس عليه في ذلك الولد جزاء لانه لو ماتت هي في يده بعد أداء الجزاء لم يلزمه شيء آخر فعرفنا انه ليس في عينها حق مستحق بعد أداء الجزاء ليسرى الى الولد بخلاف ماقبل أداء الجزاء ﴿فان قيل﴾ فأين ذهب قولكم انه لا معتبر بالبدل حال قيام الاصل وانه مطالب باعادتها الى الماء من بعد أداء الجزاء ﴿قلنا﴾ نعم لا معتبر بالبدل حال قيام البدل ولكن لا يجمع الاصل والبدل فيبقى بعد أداء الجزاء الحق متردداً بين الارسال الذى هو الاصل وبين المؤدى من الجزاء ولهذا لو باعه بعد بيعه يظهر ذلك عند فوات الاصل وباعتبار جانب المؤدى من الجزاء لا يظهر في الولد الحادث بعد ذلك استحقاق شيء فلهذا لا يلزمه الجزاء فيه ولانه تملك ذلك الصيد بما أدى من الجزاء ولهذا لو باعه نفذ بيعه فالولد انما يتولد بعد ذلك من ملكه فلهذا لا يلزمه الجزاء فيه * وكذلك لو كان محرماً صاد ظبية ثم حل من احرامه وهي في يده فحالها وحال أولادها كما بينا فى الفصل الاول من الفرق بين ماقبل أداء الجزاء أو بعد أداء الجزاء فان ماقررناه من المعنى يشتمل على الفصلين جميعاً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الوقف

قال الشيخ الامام الزاهد الاجل شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي رحمه الله املاء : اعلم بان الوقف لغة الحبس والمنع وفيه لغتان أوقف يوقف ايقافا ووقف يقف وقفا قال الله تعالى وقفوهم انهم مسؤلون . وفى الشريعة عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير وظن بعض أصحابنا رحمهم الله انه غير جائز على قول أبى حنيفة واليه يشير في ظاهر الرواية . فنقول أما أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه فكان لا يجيز ذلك ومراده أن لا يجعله لازماً فأما أصل الجواز ثابت عنده لانه يجعل الواقف حابساً للعين على ملكه صارفا للمنفعة الى الجهة التى سماها فيكون بمنزلة العارية والعارية جائزة غير لازمة ولهذا قال لو أوصي به بعد موته يكون لازماً بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى ان عنده لو نفذه فى مرضه فهو كالمضاف الى ما بعد الموت لان تصرف المريض مرض الموت فى الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلثه وخصوصا فيما لا

يكون تمليكا كالعتق كانه يجعله موقوفا على ما يظهر عند موته والصحيح أن ماباشره في المرض بمنزلة مالو باشره في الصحة في انه لا يتعلق به اللزوم ولا يمتنع الارث بمنزلة العارية الا أن يقول في حياتي وبعد موتي فحينئذ يلزم اذا كان مؤبدا وصار الابد فيه كعمر الموصى له بالخدمة في لزوم الوصية بعد الموت فأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا الوقف يزيل ملكه وانما يحبس العين عن الدخول في ملك غيره وليس من ضرورة ذلك امتناع زوال ملكه فلزوال الملك في حقه يلزم حتى لا يورث عنه بعد وفاته لان الوارث يخلف المورث في ملكه وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يقول بقول أبي حنيفة رحمه الله ولكنه لما حج مع الرشيد رحمه الله فرأى وقوف الصحابة رضوان الله عليهم بالمدينة ونواحيها رجع فافتى بلزوم الوقف فقد رجع عند ذلك عن ثلاث مسائل (احداها) هذه (والثانية) تقدير الصاع بثمانية أرطال (والثالثة) أدان الفجر قبل طلوع الفجر . وحجتهم في ذلك الآثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين منهم عمر وعثمان وعلى وطلحة والزبير وعائشة وحفصة رضى الله تعالى عنهم فانهم باشروا الوقف وهو باق الى يومنا هذا وكذلك وقف ابراهيم الخليل صلوات الله وسلامه عليه باق الى يومنا هذا وقد أمرنا باتباعه قال الله تعالى واتبعوا ملة ابراهيم حنيفا والناس تعاملوا به من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يعني اتخاذ الرباطات والخانات وتعامل الناس من غير نكير حجة وقد استبعد محمد رحمه الله قول أبي حنيفة في الكتاب لهذا وسماه تحكما على الناس من غير حجة فقال ما أخذ الناس بقول أبي حنيفة وأصحابه الا بتركهم التحكم على الناس فاذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير أثر ولا قياس لم يقلدوا هذه الاشياء ولو جاز التقليد كان من مضي من قبل أبي حنيفة مثل الحسن البصري وابراهيم النخعي رحمهما الله أحرى أن يقلدوا ولم يحمد على ماقال. وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريغ مسائل الوقف حتى خاض في الصكوك واستكثر أصحابه من بعده من تفريغ مسائل الوقف كالخصاف وهلال رحمهما الله ولو كان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في الاحياء حين قال ماقال لدمر عليه فانه كما قال مالك رضى الله تعالى عنه رأيت رجلا لو قال هذه الاسطوانة من ذهب لدل عليه ولكن كل مجرى بالجلاء يسر *ثم استدل بالمسجد فقال اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن يدخل في ملك أحد ولكنها تصير محبوسة بنوع قربة قصدها فكذلك

في الوقف وبهذا تبين أنه ليس من ضرورة الحبس عن الدخول في ملك الغير امتناع خروجه عن ملكه * ثم للناس حاجة الى ما يرجع الي مصالح معاشهم ومعادهم فاذا جاز هذا النوع من الاخراج والحبس لمصلحة المعاد فكذلك لمصلحة المعاش كبناء الخانات والرباطات واتخاذ المقابر ولو جاز الفرق بين هذا الاشياء لكان الأولي أن يقال لا يلزم المسجد وتلزم المقبرة حتى لا يورث لما في النبش من الاضرار والاستبعاد عند الناس أو كان ينبغى أن يلتزم الوقف دون المسجد لان فى الوقف وان انعدم التمليك فى عينه فلذلك يوجد فيما هو المقصود به وهو التصدق بالغلة وذلك لا يوجد فى المسجد فكان هذا الفرق أبعد عن التحكم مما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله هذا معنى ما احتج به محمد رحمه الله وقد طوله فى الكتاب * ويستدلون بالعتق أيضاً فيه ازالة الملك الثابت فى العبد من غير تمليك وصح ذلك على قصد التقرب فكذلك فى الوقف وحجة أبي حنيفة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ابن ادم مالى مالى وهل لك من مالك الا ما أكلت فأفنيت أو لبست فأبليت أو تصدقت فامضيت وما سوى ذلك فهو مال الوارث فبين النبي عليه الصلاة والسلام ان الارث انما ينعدم فى الصدقة التى أمضاها وذلك لا يكون الا بعد التمليك من غيره ﴿وسئل﴾ الشعبي عن الحبس فقال جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس فهذا بيان أن لزوم الوقف كان فى شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله تعالى عنهم لا حبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الاثر علي ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ولكنا نقول النكرة فى موضع النفى تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل (واستدل) بعض مشايخنا رحمهم الله بقوله عليه الصلاة والسلام إنا معاشر الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة فقالوا معناه ما تركناه صدقة لا يورث ذلك عنا وليس المراد أن أموال الانبياء عليهم الصلاة والسلام لا تورث وقد قال الله تعالى وورث سليمان داود وقال تعالى فهب لى من لدنك وليا يرثنى ويرث من آل يعقوب فحاشا ان يتكلم رسول الله صلي الله عليه وسلم بخلاف المنزل فعلى هذا التأويل فى الحديث بيان أن لزوم الوقف من الانبياء عليهم الصلاة والسلام خاصة بناء على أن الوعد منهم كالعهد من غيرهم. ولكن فى هذا الكلام نظر فقد استدل أبو بكر رضى الله عنه على فاطمة رضى الله عنها حين ادعت فدك بهذا الحديث على ما روى انها ادعت ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم وهب فدك لها وأقامت رجلا وامرأة فقال أبو بكر رضى الله تعالى عنه ضمى الى الرجل رجلا أوالي المرأة امرأة فلما لم تجد ذلك جعلت تقول من يرثك فقال أبو بكر رضى الله تعالى عنه أولادى فقالت فاطمة رضي الله تعالى عنها أيرثك أولادك ولا أرث أنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبو بكر رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انامعشر الانبياء لانورث ماتركناه صدقة فعرفنا أن المراد بيان ان ماتركه يكون صدقة ولا يكون ميراثا عنه . وقد وقعت الفتنة بين الناس بسبب ذلك فترك الاشتغال به أسلم والمعنى فيه ان العين الموقوفة فيه كانت مملوكة قبل الوقف وبقيت بعده مملوكة والمملوك بغير مالك لا يكون فمن ضرورة بقائها مملوكة أن يكون هو المالك أوغيره ولم تصر مملوكة لغيره فكانت باقية على ملكه والوارث يخلف المورث فى ملكه . وبيان قولنا انها بقيت مملوكة انه ينتفع بها على وجه الانتفاع بالمملوكات من حيث السكنى والزراعة وسائر وجوه الانتفاعات ولأنها خلقت مملوكة فى الاصل وقد تقرر ذلك بتمام الاحراز فلا يتصور اخراجها عن ان تكون مملوكة الا أن يجعلها لله تعالي خالصاً وبالوقف لا يتحقق ذلك . وفى هذه التسمية ما يدل علي انها مملوكة محبوسة وبه فارق العتق فالآدمى خلق فى الأصل ليكون مالكا فصفة المملوكية فيه عارض محتمل للرفع واذا رفع كان مالكا كما كان . ومن ضرورة اثبات قوة المالكية انعدام المملوكية وبخلاف المسجد فان تلك البقعة تخرج من ان تكون مملوكة وتصير لله تعالى ألا ترى انه لا ينتفع بها بشيء من منافع الملك وان كانت تصلح لذلك وقد وجدنا لهذا الطريق أصلا فى الشرع وهو الكعبة فتلك البقعة لله تعالى خالصة متحرزة عن ملك العباد فألحقنا سائر المساجد بها ولم نجد مثل ذلك في الوقف بل الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية من حيث انه لا تخرج به العين من أن تكون مملوكة منتفعا بها ولو سبب دابته لم تخرج من ملكه فكذلك اذا وقف أرضه أو داره واذا بقيت مملوكة له لا يمتنع الارث فيها الا باعتبار حق يستثنيه لنفسه بعد وفاته وذلك فيما اذا أضاف الوقف الى ما بعد الموت فانه تبقى العين على حكم ملكه لشغله إياه بحاجته والناس لم يأخذوا قول أبى حنيفة في المسئلة الا باشتهار الآثار فأمامن حيث المعنى فكلامه قوى وهو يحمل الآثار على الوقف المضاف الى ما بعد الموت أو المنفعة فى الحياة وبعد الموت . قال رحمه الله تعالى قد تم الكتاب على قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه وانما البيان بعد هذا على قولهما * ثم بدأ الكتاب بحديث رواه

عن صخر بن جويرة عن نافع أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغا وكان نخلا نفيساً فقال عمر رضى الله تعالى عنه يارسول الله انى استفدت مالا وهو عندى نفيس أفأتصدق به فقال صلوات الله وسلامه عليه تصدق بأصله لايباع ولا يوهب ولا يورث ولـكن لينفق من ثمره • فتصدق به عمر رضى الله عنه فى سبيل الله تعالى وفى الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذى القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يؤكل صديقاً له غير متمول منه. وهذه الأرض سهم عمر رضى الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين أصحابه رضى الله عنهم وثمغ لقب لها. وقد كانت لاملاكهم ألقاب حتى كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ناقة يقال لها العضباء وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال له السكب وحمار يقال له يعفور وعمامة تسمى السحابة • ثم فى هذا دليل أن من قصد التقرب الى الله سبحانه وتعالى فينبغي أن يختار لذلك أنفس أمواله واطيبها قال الله تعالى لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وقال الله سبحانه وتعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون فلهذا اختار عمر رضى الله عنه أنفس أمواله وأطيبها لما أراد التصدق • وفيه دليل على ان من أراد التقرب الى الله تعالى فالاولى ان يقدم السؤال عن ذلك وان الربا لا يدخل في هذا السؤال بخلاف ما يقوله جهال المتقشفة • ثم أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوقف بقوله تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث فهو من حجة من يقول بلزوم الوقف وقد روى عن علي رضي الله عنه انه وقف كما فعله عمر رضى الله عنه ولـكن لم يستثن للوالى شيئا وفيه دليل على ان كل ذلك واسع ان استثنى للوالى ان يأكل بالمعروف كما فعله عمر رضى الله عنه وهو صواب وان لم يستثن ذلك كما فعله علي رضي الله عنه فهو صواب أيضاً وللوالى ان يأكل منه بالمعروف مقدار حاجته كما ان للامام فعل ذلك في بيت المال ولوصى اليتيم ذلك فى مال اليتيم اذا عمل له قال الله تعالي ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ولـكن لا يكون له أن يؤكل غيره ممن ليس فى عياله الا اذا شرط الواقف ذلك كما فعله عمر رضى الله عنه أو يؤكل صديقاً له (وقوله) غير متمول منه يعنى يكتفى بما يأكل ولا يكتسب به المال بالبيع لنفسه وهو نظير الغازى فى طعام الغنيمة يباح له أن يتناول بقدر حاجته ولا يتمول ذلك بالبيع والاقراض من غيره وفيه دليل محمد رحمه الله ان الوقف لا يتم الا بالتسليم الى المتولى • وفى قوله لا جناح على من وليه اشارة الى ذلك وقد روى انه جعل وقفه فى يد ابنته حفصة رضى الله تعالى عنها قال محمد رحمه الله ولهذا يأخذ اذا

تصدق بها فى حياته فى صحته كان ذلك من جميع ماله واذا تصدق به فى مرضه كان ذلك من ثلثه لانه ازالة الملك بطريق التبرع . ثم لا خلاف أنه لو قال تصدقت بأرضى هذه على الفقراء والمساكين انه لا يكون وقفاً بل يكون ذلك نذراً بالصدقة اذا قصد به الالزام فان عين انساناً فهو تصدق عليه بطريق التمليك ولا يتم الا بالتسليم ولو قال وقفت أرضى هذه أوحبستها أو حرمتها أو هى موقوفة أو محبوسة أو محرمة فهذا باطل بالاتفاق لان كلامه يحتمل فلعل مراده وقفها على ملكى لتكون مصروفة في حاجتى أو على قضاء ديونى فان قال لانسان بعينه وقفتها لك أو حبستها لك أو قال هى لك وقف أو حبس فهو باطل أيضا الا على قول أبي يوسف فانه يقول يكون تمليكا منه يتم بالتسليم اليه بقوله لك . وقوله وقف أوحبس باطل . ووجه ظاهر الرواية أن قوله وقف أو حبس تفسير لقوله لك فيمنع ذلك تمليك الغير منه والكلام المبهم اذا اقترن به تفسير كان الحكم لذلك التفسير كقوله دارى لك سكنى تكون عارية فان قال هى صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين وأخرجها من يده الى يد قيم يقوم بها وينفق عليها في مرمتها واصلاح مجاريها وزرعها ويرفع من غلتها مايحتاج اليه لنوائبها ويقسم الباقى بعد ذلك فى كل سنة على الفقراء والمساكين فهذه صدقة جائزة وليس له أن يرجع فيها لاستجماع شرائط الوقف على قول من يقول بلزوم الوقف من القسمة والتسليم واخراج الاصل عن ملكه والتأبيد فى جهة صرف الغلة مابقيت الدنيا وانما يبدأ من غلتها بمرمتها واصلاح مجاريها لانها لا تبقى منتفعا بها الا بعد ذلك ومقصود الواقف أن تكون الصدقة جارية له الى يوم القيامة كما قال عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة علم علمه الناس فهم يعملون به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية له الي يوم القيامة وفى بعض الروايات قال الاسبعا وذكر من جملة ذلك نهراً أكراه وخانا بناه ومصحفا سبله وانما يرفع من غلتها مايحتاج اليه لنوائبها لانه لا يتمكن من الزراعة الا بذلك ولان الغلة لا تطيب من الاراضي الخراجية الا بأداء الخراج وانما قصد الواقف أن يكون التصدق عنه باطيب المال وذلك عند أداء النوائب فلهذا يرفع الوالى من غلتها مايحتاج اليه لنوائبها ويقسم الباقى بعد ذلك فى كل سنة وليس هذا بتوقيت لازم ولكن يقسم عند حصول الغلة ومن الاراضى مايغل في السنة مرتين ومنها ما يغل فى السنة مرة فكما حصلت الغلة ينبغى له أن يقسم مايحصل من النوائب فى الفقراء والمساكين ولا يؤخر لما فى التأخير من الآفات وفى

التعجيل من القربة تحصيل مقصود الواقف ولذلك اذا جعل أرضا له مقبرة للمسلمين ويأذن لهم أن يقبروا فيها فيفعلون فليس له بعد ما يخلي بين المسلمين وبينها ويقبروا فيها إنسانا واحداً أو أكثر أن يرجع فيها لان التسليم على قول من يشترط التسليم يتم بهذا فان ما هو المقصود قد حصل اذا قبروا فيها انسانا واحدا وكذلك اذا جعلها خانا للمسلمين وخلى بينهم وبينها فدخلها باذنه رجل واحد أو أكثر فلا سبيل له بعد ذلك عليها لان التسليم يتم بهذا وهذا لانه لا يتحقق القبض من جميع المسلمين ففعل الواحد منهم كفعل الجماعة للمساواة بين الكل فيما يثبت به من الحق وهو نظير ما جعل الشرع أمان الواحد من المسلمين كأمان الجماعة * ثم النزول فى الخان والدفن فى المقبرة من مصالح الناس قال الله تعالى ألم نجعل الارض كفاتا أحياء وأمواتا وجواز الوقف لمعنى المصلحة فيه للناس من حيث المعاش والمعاد وكذلك الرجل يكون له الدار بمكة فيجعلها سكنى للحاج والمعتمرين ويدفعها الى وليّ يقوم عليها ويسكن فيها من زار فليس له بعد ذلك أن يرجع فيها وان مات لم تكن ميراثا وان لم يسكنها أحد لانه حين سلمها الى وليّ يقوم عليها فقد أخرجها من ملكه ويده * والتسليم على قول من يشترط يكون بأحد الطريقين إما بأثبات يد القيم عليها أو بأن يحصل المقصود بسكنى بعض الناس فيها باذنه . وكذلك ان جعل دارا له في غير مكة سكنى للمساكين ودفعها الى وليّ يقوم بذلك . وكذلك ان جعلها سكنى للغزاة والمرابطين فى ثغر من الثغور أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وليّ يقوم به فهو جائز ولا سبيل له الى رده لانه قصد التقرب بما صنع فأما السكنى فلا بأس بأن يسكنها الغنى والفقير من الغزاة والمرابطين والحاج . وكذلك نزول الخان والدفن في المقبرة فأما الغلة التى جعلت للغزاة فلا يعجبنى أن يأخذ منها إلا محتاج اليها لان الغلة مال يملك والتقرب الى الله تعالى بتمليك المال يكون من المحتاج خاصة دون الغنى بخلاف السكنى * وحقيقة المعنى في الفرق أن الغنى مستغن عن مال الصدقة بمال نفسه وهو لا يستغنى بماله عن الخان لينزل فيه وعن الدفن فى المقبرة فلا يمكنه أن يتخذ ذلك فى كل منزل وربما لا يجد ما يستأجره فلهذا يستوي فيه الغنى والفقير وهو نظير ماء السقاية والحوض والبئر فانه يستوى فيه الغنى والفقير لهذا المعنى وهذا لان الماء ليس بمال قبل الاحراز والناس يتوسعون فيه عادة ولا يخصون به الفقراء دون الاغنياء بخلاف المتصدق بالمال * ثم الواقف وان أطلق

الغزاة في سبيل الله فمراده التقرب وذلك بصرف المال الى المحتاجين منهم وفي اللفظ ما يدل عليه شرعا قال الله تعالى من أصناف الصدقات وفي سبيل الله * ثم يصرف الصدقة الى الفقراء من الغزاة دون الاغنياء * والحاصل انه متى ذكر مصرفا فيه تنصيص على الفقر والحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أو لا يحصون لأن المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا أن يكون فى لفظه مايدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فحينئذ ان كانوا يحصون فالفقراء والاغنياء فيه سواء وان كانوا لا يحصون فالوقف صحيح وتصرف الى فقرائهم دون أغنيائهم لان الاستعمال بمنزلة الحقيقة فى جواز تصحيح الكلام باعتباره وتمام بيان هذه الفصول في كتاب الوصايا. قال (وان جعل أرضا له مسجدا لعامة المسلمين وبناها وأذن للناس بالصلاة فيها وأبانها من ملكه فأذن فيه المؤذن وصلى الناس جماعة صلاة واحدة أو أكثر لم يكن له أن يرجع فيه وان مات لم يكن ميراثا) لانه حرزها عن ملكه وجعلها خالصة لله تعالى قال الله تعالى وأن المساجد لله وقال عليه الصلاة والسلام من بنى لله مسجداً ولو كمفحص قطاة بنى الله تعالى له بيتا فى الجنة ولا رجوع له فيما جعله لله تعالى خالصا كالصدقة التى أمضاها . ثم عند أبي يوسف يصير مسجداً اذا أبانه عن ملكه وأذن للناس بالصلاة فيه وان لم يصل فيه أحدكما فى الوقف على مذهبه ان الوقف يتم بفعل الواقف من غير تسليم الى المتولى وعند محمد لا يصير مسجداً ما لم يصل الناس فيه بالجماعة . بنى على مذهبه ان الوقف لا يتم الا بالتسليم الى المتولى وعن أبى حنيفة فيه روايتان في رواية الحسن عنه يشترط اقامة الصلاة فيه بالجماعة وفي رواية غيره عنه قال اذا صلى فيه واحد يصير مسجداً وان لم يصل بالجماعة . وجه رواية الحسن أن تمام التبرع بحصول المقصود به بدليل الصدقة فالمقصود بها اغناء المحتاج ثم لا يتم مالم يحصل هذا المقصود بالتسليم اليه فهنا المقصود من المساجد إقامة الصلاة فيها بالجماعة لان جميع وجه الارض موضع الصلاة وانما تبنى المساجد لاقامة الصلاة فيها بالجماعة فلا تصير مسجداً قبل حصول هذا المقصود . وجه الرواية الاخرى أن المقصود أن المسجد موضع السجود وقد حصل ذلك بالصلاة فيه منفرداً كان أو بجماعة وقد بينا ان الواحد من المسلمين ينوب عن جماعتهم فيما هو حقهم فتجعل صلاة الواحد فيه كصلاة الجماعة * وقد بينا نظيره في نزول الخان والدفن فى المقبرة

(وروى) عن معاذ بن جبل وابن عباس وشريح والحسن والشعبي رضى الله عنهم قالوا لا تجوز الصدقة حتى يقبض وبه نأخذ فنقول ان الصدقة لا تتم الا بالقبض بخلاف ما يقوله مالك رحمه الله تعالى وهذا لان المتصدق يجعل ما يتصدق به خالصا لله تعالى باخراجه عن ملكه وحقه ولا يتم ذلك الا بالاخراج من يده ولا خلاف فيه بين العلماء رحمهم الله تعالى فى الصدقة المنفذة وقال أهل المدينة رحمهم الله مجرد الاعلام يكفي لذلك لما جاء في الأثر عن ابن مسعود رضى الله عنه وغيره اذا أعلمت الصدقة جازت وجعلوا ذلك قياس العتق فان المتق يزيل المعتق عن ملكه ويجعله لله تعالى ثم يتم ذلك بنفسه فكذلك الصدقة ولان الآخذ للصدقة هو الله تعالى قال الله تعالى ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام ان الصدقة تقع فى كف الرحمن فيربيها كما يربى أحدكم فلوه حتى تصير مثل أحد . ولكنا نقول هذا فى ضمن الاتصال الى الفقير ليكون الفقير آخذاً كفايته من الله تعالى فانه عبد الله وكفاية العبد على مولاه وقد وعد له ذلك بقوله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ولهذا لم يكن للمعطى منة على القابض وهذا المقصود لا يحصل قبل التسليم الى الفقير فلا تتم الصدقة بخلاف العتق فالعبد في يد نفسه فيصير قابضا نفسه مع أن المعتق متلف للملك والرق فيه والاتلاف يتم بالتلف والمتصدق غير متلف للملك بل جاعل الملك لله تعالى خالصا وذلك في ضمن التمليك من الفقير فكما ان التمليك من الفقير لا يتم إلا بالتسليم اليه فكذلك جعله لله تعالى . فأما الصدقة الموقوفة على قول أبى يوسف رحمه الله تلزم بالاعلام وان لم يخرجها من يده الى يد المتولى وعلى قول محمد رحمه الله لا يتم الا بالاخراج من يده والتسليم الى المتولى وهو قول ابن أبى ليلى . وحجته فى ذلك أن ازالة الملك بطريق التبرع فتمامه بالتسليم كما فى الصدقة المنفذة وهذا لانه لو لزمه قبل التسليم لصارت يده مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع فى غير ما تبرع به فينبغى أن يكون متبرعا في ازالة يده كما فى ازالة ملكه وذلك بأن لم تتم الصدقة قبل التسليم بل هذا أولى من الصدقة المنفذة فان جواز ذلك متفق عليه بين العلماء رحمهم الله وفى جواز الصدقة الموقوفة ولزومها خلاف ظاهر ثم تلك الصدقة مع قوتها لا تتم الا بالتسليم فهذا أولى * وقال فى الكتاب من جوز الصدقة غير مقبوضة لم يفصل بين الصدقة الموقوفة والمنفذة وهو قول أهل المدينة رحمهم الله وكذلك من لم يجوزها الا مقبوضة والفرق بينهما من نوع التحكم وقد بينا أن ذلك لا يجوز وأبو يوسف رحمه الله يقول هذه ازالة ملك لا تتضمن التمليك فتتم بدون القبض

كالعتق بخلاف الصدقة المنفذة فانها تتضمن التمليك وهذا لان القبض انما يعتبر من المتملك أو من نائبه ليتأكد به ملكه ألا ترى أنه لا يعتبر قبض غيره له بغير اذنه والصدقة الموقوفة لا يتملكها أحد فلا معنى لاشتراط القبض فيها . يوضحه أن المتولى مختار الواقف فيده تقوم مقام يد الواقف لا مقام يد الموقوف عليه فانه مااختاره وربما لم يعلم به أيضا فاذا كانت تتم بيد من اختاره الواقف فبيد الواقف أولى بخلاف العدل في الرهن فان يده كيد المرتهن هنالك لانه لا يصير عدلا الا برضا المرتهن واختياره ولهذا يصير المرتهن مستوفيا دينه بهلاكه في يد العدل ولان حق المرتهن ثبت في العين فتمكن فيجعل العدل نائبا عنه وهنا الموقوف عليه في الغلة لا في العين فلا يمكن جعل المتولى نائبا عنه في قبض العين بل هو نائب عن الواقف فلا معنى لاشتراط قبضه . واستدل محمد رحمه الله في الكتاب بحديث عمر رضي الله عنه فانه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضى الله عنها وانما فعل ذلك ليتم الوقف ولكن أبو يوسف رحمه الله يقول فعل ذلك لكثرة اشتغاله وخاف التقصير منه في أوانه أو ليكون في يدها بعد موته فأما أن يكون فعله لاتمام الوقف فلا وكان القاضي أبو عاصم رحمه الله يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى لمقاربته بين الوقف والعتق من حيث انه ليس في كل واحد منهما معنى التمليك وقول محمد رحمه الله أقرب الى موافقة الآثار . وعلى هذا الخان والرباط يتم عند أبي يوسف رحمه الله تعالى بالتخلية بينه وبين الناس وان لم ينزل فيه أحد ولا يتم عند محمد رحمه الله الا بالتسليم الى المتولى أو بنزول الناس فيه . وكذلك المقبرة والسقاية عند محمد لا تتم الا بالتسليم الى قيم يقوم عليه أو بأن يدفنوا في المقبرة رجلا واحداً أو يسقى من السقاية رجل واحد . وكذلك المسجد الا أن في المسجد تمامه عند محمد رحمه الله بأن يصلي الناس فيه بالجماعة لان التسليم الى المتولي في المسجد لا يتحقق اذ لا تدبير فيه للمتولى في اختيار من يصلى بالمسجد أو الاستغلال لان المسجد قد تحرز عن ذلك وكذلك لا تدبير لاحد في سد باب المسجد لانه ان كره لاهل المسجد أن يغلقوا باب المسجد فكيف بغيرهم فلهذا يوقف التمام على اقامة الصلاة فيه بالجماعة وفي سائر الوقف للمتولى تدبير في ذلك فجعل التسليم الى المتولى متمما للصدقة ولان المقصود في سائر الوقف منفعة العباد فيمكن جعل يد المتولي في ذلك بمنزلة يدهم والمقصود هنا اقامة العبادة لله تعالى في المسجد خالصاً ولا يحصل ذلك الا باقامة الصلاة فيه . قال (ولو وقف نصف أرض أو نصف دار مشاعا على الفقراء فذلك جائز في قول

أبي يوسف رحمه الله لان القسمة من تتمة القبض فان القبض للحيازة وتمام الحيازة فيما يقسم بالقسمة . ثم أصل القبض عنده ليس بشرط فى الصدقة الموقوفة فكذلك ماهو من تتمة الوقف وهذا لان الوقف على مذهبه قياس العتق والشيوع لايمنع العتق فكذلك لايمنع الوقف الا أن العتق لا يتجزأ عنده لما فى التجزى من تضاد الاحكام عنده في محل واحد وذلك لايوجد في الوقف فيحتمل التجزى ويتم مع الشيوع في القدر الذى أوقفه وأما عند محمد رحمه الله لا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لان على مذهبه أصل القبض شرط لتمام الوقف فكذلك ما يتم به القبض وتمام القبض فيما يحتمل القسمة بالقسمة واعتبره بالصدقة المنفذة فانها لاتتم في مشاع يحتمل القسمة كالهبة ويتم فى مشاع لا يحتمل القسمة لانه بالقسمة يتلاشى فلا تكون القسمة فيه حيازة فكذلك الصدقة الموقوفة تجوز فى مشاع لا يحتمل القسمة ولا تجوز فى مشاع يحتمل القسمة ما لم يقسم . وعلي هذا الخان والمقبرة والمسجد والسقاية يعنى فيما يحتمل القسمة لانه لا يتم من الشيوع عند محمد رحمه الله تعالى . فأما المسجد والمقبرة لاتتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لان بقاء الشركة يمنع أن تكون البقعة لله تعالى خالصاً ولأنا لو جوزنا ذلك وقعت الحاجة الى المهايأة فتقبر فيه الموتى في سنة ثم تنبش في سنة أخرى ويزرع لمراعاة حق المالك ويصلى الناس في المسجد فى وقت ويتخذ اصطبلا فى وقت آخر بحكم المهايأة وذلك ممتنع بخلاف الوقف فالمقصود هناك الاستغلال فيما بقى منه ملكا وفيما صار منه وقفاً فلو جاز مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لايؤدى الى تضاد الاحكام بل يستغل وتقسم الغلة علي قدر الملك والوقف منه وذلك صحيح وكذلك لوجعل جميع الارض أو الدار لشيء من ذلك وأخرجه من يده ثم استحق بعضه مشاعا بطل فى الكل ورجع الباقى اليه فى حياته والي وارثه بعد وفاته لان بالاستحقاق يتبين بطلان تصدقه فى القدر المستحق لانه لم يكن مملوكا له يومئذ ولا أجازه مالكه ولو جاز فى القدر المملوك لكان لزومه ابتداء فى الجزء الشائع وقد بينا أن ذلك لا يجوز فيما لايحتمل القسمة وهذا بخلاف ما اذا فعله في مرضه ثم مات ولامال له سواه فأبطله الوارث فيما زاد عن الثلث بقى الثلث صحيحاً لان حق الوارث انما يثبت بعد الموت فابطاله فى القدر الذى له ابطاله يقتصر على هذه الحالة فلا يتبين به ان ابتداء الوقف فى الجزء الشائع وأصل هذا الفرق فى الهبة والصدقة المنفذة فان رجوع الوارث فى البعض كرجوع الواهب وذلك لا يمنع بقاء الهبة فيما بقى لانه شيوع طارىء

فكذلك في الصدقة الموقوفة وان استحق بعضه مميزا بعينه كان ما فعله جائزاً فيما بقي ماضياً لوجهه لان بهذا الاستحقاق لم يتبين الشيوع فيما بقي فان المستحق مميز مما بقي فهو بمنزلة دارين وقفهما فاستحقت احداهما وكذلك الحكم في الصدقة المنفذة اذا كان المستحق مميزا يقرر الصدقة فيما بقي وكذلك الحكم في الهبة بخلاف ما اذا استحق جزأ شائعاً ولا فرق عند استحقاق الجزء الشائع بين أن يكون المستحق كثيراً أولم يكن لان المانع الشيوع وقد تحقق ذلك باستحقاق جزء قل ذلك أو كثر . قال (واذا كانت الارض بين رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة على بعض الوجوه التي وصفناها ودفعاها الى ولي يقوم بها كان ذلك جائزاً) لان مثله في الصدقة المنفذة جائز اذا تصدق رجلان على واحد والمعنى فيه أن المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل ولا شيوع هنا فقد صار الكل صدقة مع كثرة المتصدقين بها والقبض للمتولى في الكل وجد جملة واحدة فهو وما لو تصدق رجل واحد سواء ولو تصدق كل واحد منهما بنصفها شائعاً على حدة صدقة موقوفة وجعل لها واليا على حدة لم يجز لانهما صدقتان متفرقتان لان كل واحد منهما تصدق بنصيبه بعقد على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثله في الصدقة المنفذة لا يجوز حتى لو تصدق احدهما بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك وهذا لان قبضه في نصيب كل واحد منهما لاقى جزأ شائعاً فكذلك قبض كل واحد من الواليين هنا لاقى جزأ شائعاً. قال (ولو تصدق كل واحد منهما بنصفه صدقة موقوفة على المساكين وجعلا الوالى لذلك رجلا واحدا فسلماها اليه جميعاً جاز) لان تمام الصدقة بالقبض والقبض مجتمع فقد حصل قبض الكل من واحد في محل عين والدليل على أن المعتبر هو القبض في الهبة والصدقة المنفذة أنه لو باشر ذلك مع رجل في النصف ثم في النصف ثم سلم الكل اليه جاز ولو باشره في الكل ثم سلم اليه النصف لم يجز وكذلك ان جعلاها جميعاً الى رجلين لان الواليين هنا كوال واحد حيث جعلهما كل واحد منهما واليا في صدقة بخلاف ما تقدم هناك من أن كل واحد من المتصدقين خص واحدا من الواليين بجعله واليا في صدقته فانما يلاقى قبض كل واحد منهما جزأ شائعاً ألا ترى أن في الرهن لو أن رجلين رهنا عيناً من رجلين بدين لهما عليهما جاز ولو قال على أن نصيب أحد الراهنين رهن عند احدهما ونصيب الآخر عند الآخر لم يجز وكذلك في الهبة والصدقة المنفذة ولو وهبا من رجلين أو تصدقا عليهما جاز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

ولو قالا نصيب احد الواهبين لاحدهما بعينه ونصيب الاخر للآخر لم يجز وكذلك فى الصدقة الموقوفة . قال (ولو تصدقا بها على واحد فوكل المتصدق عليه رجلين بقبضها كل واحد منهما يقبض نصيب أحدهما خاصة فقبضا ذلك معاً جاز وان كان القابض اثنين لأنهما انما قبضاها للواحد فكل واحد منهما وكيل من جهته وقبض الوكيل كقبض الموكل فكان القبض مجتمعاً حكماً وان كان متفرقا صورة ﴿فان قيل﴾ ففي الصدقة الموقوفة الوليان كل واحد منهما يقبض للموقوف عليه فينبغى أن يجوز وان تفرق الوالى لاتحاد جهة الصرف ﴿قلنا﴾ لا كذلك بل كل واحد من الواليين عامل لمن جعله واليا في صدقته ولهذا لو لحقه عهدة فيما قبض رجع به عليه فاذا اختار كل واحد منهما فى صدقته قيما على حدته كان قبض كل واحد منهما فى جزء شائع ولو تصدقا به على رجلين صدقة واحدة فوكل المتصدق عليهما رجلين كل واحد منهما يقبض ما تصدق به عليه أحد الرجلين دون الآخر فقبض الوكيلان جميعا أو أحدهما قبل صاحبه جاز ذلك لان فعل الوكيلين كفعل الموكلين فان كل واحد منهما نائب وكيله فى القبض ولو قبض الموكلان معاً أو أحداهما قبل صاحبه جاز ذلك لاتحاد الصدقة فى جانب المتصدقين وتمامها عند قبض الآخر منهما فكذلك الوكيلان ألا ترى انه لو كان المتصدق والمتصدق عليه واحدا فقبض النصف ثم النصف كان هذا وما لو قبض الكل جملة سواء وان قبضا أحد النصيبين كان لصاحبه ان يرجع فيه مالم يقبضا نصيب الآخر لان تمام الصدقة بتمام القبض ولا يتم القبض فى مشاع يحتمل القسمة فلم تتم به الصدقة وكان لصاحبه ان يرجع فيه كما قبل التسليم فان قبضا نصيب الآخر قبل رجوع الأول فيه فقد تمت الصدقة لتمام القبض منهما في الكل ولا رجوع فيه لواحد منهما بعد ذلك * ولو تصدق كل واحد منهما بنصفه صدقة موقوفة على حدة ووكلا فيها رجلا واحدا فقبض نصيبهما مجتمعا أو متفرقا كانت الصدقة جائزة لانه حين قبض الكل فلا شيوع فى المحل وان كان قبض نصيب أحدهما فله أن يرجع فيه مالم يقبض نصيب الآخر لما بينا ان قبضه فى نصيبه لاقى جزأ شائعا فلا تتم به الصدقة قال (فان باعه وهو في يد الوكيل جاز بيعه) لان الصدقة فى نصيبه لم تتم حين لم يقبض الوكيل نصيب الاخر وكان وجود القبض في نصيبه كعدمه فلهذا جاز بيعه وان مات فهو ميراث عنه فان قبض الوكيل نصيب الآخر بعد موت الاول فقبضه باطل والصدقة مردودة لان بموت الاول بطلت الصدقة فى نصيبه وصار ميراثا لورثته فلو جازت الصدقة فى النصف الآخر

بالقبض بعد ذلك كان ذلك فى جزء شائع وذلك غير جائز ويستوى ان كان قبضه باذن الثانى أو بغير اذن الثانى بخلاف ما قبل موت الاول لان حكم الصدقة فى نصيب الاول موقوف على أن تتم بتمام القبض وذلك يحصل بقبضه نصيب الثانى فلهذا تمت الصدقة في الكل . قال (دار بين رجلين تصدق احدهما بنصيبه منها على رجل وسلمه اليه أو الى وكيله ثم تصدق الآخر أيضا عليه بنصيبه وسلمه اليه أو الى وكيله لم يجز شيء من ذلك) لانهما صدقتان متفرقتان فان تمام الصدقة بالقبض وقبضه فى كل واحد من النصيبين لاقى جزأ شائعا وان لم يقبض نصيب الاول حتى تصدق الآخر بنصيبه عليه أيضا وقد أذن كل واحد منهما له فى القبض فقبضهما جملة جاز لما بينا أن المانع افتراق القبض وقد قبض الكل جملة فكأن الصدقة منهما عليه كانت جملة بعقد واحد وكذلك لو قبض نصيب كل واحد منهما على حدة بيده أو بيد وكيله فهو جائز لان قبضه تم حين قبض نصيب الآخر منهما وقبض وكيله له كقبضه وهذا بخلاف الاول فان هناك حين قبض نصيب الاول ما كان حكم الصدقة ثابتا فى نصيب الآخر أصلا فتعين جهة البطلان فى نصيب الاول فيبطل حكم قبضه في نصيب الثانى بعد ما بطل حكم الصدقة في نصيب الاول وبطل حكم قبضه فى نصيب الثانى لملاقاته جزأ شائعا وهنا حين قبض نصيب الاول كان حكم الصدقة ثابتا فى نصيب الآخر فيتوقف حكم تمام الصدقة فى نصيب الاول على تمام القبض وقد تم ذلك بقبض الثانى . يوضحه ان هناك حين قبض نصيب الاول لم يكن متمكنا من قبض نصيب الثانى فانما يعتبر حكم قبضه فيما تمكن منه خاصة وهو جزء شائع وهنا حين قبض نصيب الاول كان متمكنا من قبض نصيب الثانى فيجعل ما تفرق من قبضه كالمجتمع لتمكنه من قبض الكل . قال (واذا كانت الارض لرجل أو رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة وسلماها الى رجل واحد وجعل احدهما نصيبه موقوفا على ولده وولد ولده أبدا ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين وجعل الآخر نصيبه وقفا على اخوته وأهل بيته فاذا انقرضوا كانت غلته فى الحج يحج بها فى كل سنة أو كان المتصدق واحدا فجعل نصف الارض مشاعا على الامر الاول ونصفها على الامر الآخر فذلك جائز) لانها صدقة واحدة يقبضها وال واحد فلا يضرهم على أى الوجوه فرقوا غلتها ومعنى هذا ان تمام الصدقة بالقبض واذا كان الوالى واحدا فهو يقبض الكل جملة فتتم الصدقة بالكل بقبضه ثم بتفرق جهات الصدقة لا تتفرق الصدقة ألا ترى ان المتصدق لو

كان واحداً وفرق الغلة سهاماً بعضها فى الحج وبعضها فى الغزو وبعضها فى أهل بيته وبعضها فى المساكين كان ذلك صدقة جائزة وكذلك اذا كان المتصدق اثنين وعين كل واحد منهما لنصيبه مصرفا وهذا كله قول محمد فأما عند أبى يوسف الصدقة الموقوفة في جميع هذه الوجوه جائزة لانه يجوزها غير مقبوضة فكذلك غير مقسومة . فالحاصل أن أبا يوسف يوسع في أمر الصدقة الموقوفة في قوله الآخر غاية التوسع وفى قوله الأول ضيق فيها غاية التضييق كما هو قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه فقال لا تلزم فى الحياة أصلا وتوسط قول محمد رحمه الله فى ذلك ولهذا أفتى عامة المشايخ رحمهم الله فيها بقول محمد رحمه الله ومما توسع فيه أبو يوسف رحمه الله انه لا يشترط التأبيد فيها حتي لو وقفها على جهة يتوهم انقطاعها يصح عنده وان لم يجعل آخرها للمساكين ومحمد رحمه الله يشترط التأبيد فيها فقال اذا كانت الجهة بحيث يتوهم انقطاعها لا تصح الصدقة اذا لم يجعل آخرها للمساكين لان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وذلك يتأبد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها فلم يتوفر على العقد موجبه والتوقيت فى هذا العقد كالتوقيت فى البيع فكان مبطلا وأبو يوسف رحمه الله يقول المقصود هو التقرب الي الله تعالى والتقرب تارة يكون فى الصرف الي جهة يتوهم انقطاعها وتارة بالصرف الى جهة لا يتوهم انقطاعها لا تصح الصدقة لتحصيل مقصود الواقف * ومن ذلك أنه لو جعل مصرف الغلة لنفسه مادام حيا فذلك جائز عند أبي يوسف أيضا اعتباراً للابتداء بالانتهاء لانه يجوز الوقف علي جهة يتوهم انقطاعها واذا انقطعت عادت الغلة اليه فى الانتهاء فكما يجوز ذلك فى الانتهاء فكذلك فى الابتداء لجواز أن يقدم نفسه على غيره فى الغلة وهذا لان معنى التقرب لا ينعدم بهذا قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة وقال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فأما عند محمد رحمه الله اذا جعله وقفا على نفسه أو جعل شيئاً من الغلة لنفسه مادام حيا فالوقف باطل وهو مذهب أهل البصرة رحمهم الله لان التقرب بازالة الملك واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع زوال ملكه فلا يكون ذلك صحيحا وكذلك لو شرط الغلة لامائه فهو كاشتراطه لنفسه ولكن ذكر محمد أنه اذا اشترط الغلة لامهات أولاده فذلك جائز وهذا على أصل أبي يوسف غير مشكل وعلى قول محمد رحمه الله هو مستحسن على ما نبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى * ومن ذلك أنه اذا شرط فى الوقف ان يستبدل به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد وهو قول

أهل البصرة رحمهم الله الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر فى المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأبيد في أصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطاً فاسداً فيكون باطلا فى نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله . قال (ولو شرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فى الوقف فعلى قول أبى يوسف الوقف جائز والشرط جائز كما هو مذهبه في التوسع فى الوقف وقال هلال بن يحيي الوقف باطل وهو قول محمد وقال يوسف ابن خالد السمتى الوقف جائز والشرط باطل لانه ازالة ملك لاالى مالك فيكون بمنزلة الاعتاق واشتراط الخيار فى العتق باطل والعتق صحيح وكذلك فى المسجد اشتراط الخيار باطل واتخاذ المسجد صحيح فكذلك فى الوقف ومحمد يقول ان تمام الوقف يعتمد تمام الرضا ومع اشتراط الخيار لا يتم الرضا فيكون ذلك مبطلا للوقف بمنزلة الاكراه على الوقف * ثم تمام الوقف على مذهبه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض ألا ترى ان فى الصرف والسلم لا يتم القبض مع شرط الخيار وبه فارق المسجد فالقبض هناك ليس بشرط انما الشرط إقامة الصلاة فيه بالجماعة وقد وجد ذلك مع شرط الخيار فلهذا كان مسجداً ثم شرطه غير معتبر فى اتخاذ المسجد فلا يفسد بفساد الشرط وشرطه فى الوقف مراعى وما يتعلق بالجائز من الشرط الفاسد فالفاسد من الشروط يبطله وأبو يوسف رحمه الله يقول الوقف يتعلق به اللزوم ويحتمل الفسخ ببعض الاسباب واشتراط الخيار للفسخ فيكون بمنزلة البيع فى أنه يجوز اشتراط الخيار فيه وهذا فى الحقيقة بناء على الاصل الذى ذكرنا له فانه يجوز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام لتروى النظر فيه . قال (فان خرب ما حول المسجد واستغنى الناس عن الصلاة فيه فعلى قول أبى يوسف رحمه الله لا يعود الى ملك الثانى ولكنه مسجد كما كان وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك الثانى والى ملك وارثه وان كان ميتا) لانه جعل هذا الجزء من ملكه مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه كالمحصر اذا بعث بالهدى ثم زال الاحصار فادرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء . قال (ولو شترى حصر المسجد وحشيشاً فوقع الاستغناء عنه كان له أن يضع به ماشاء وأبو يوسف رحمه الله يقول اذا تم زوال العين عن ملكه وصار خالصاً لله تعالى فلا يعود الى ملكه بحال) كما لو أعتق عبده وهذا لان القربة التى قصدها لم تنعدم بخراب ما حولها فان

الناس فى المساجد شرعا سواء فيصلى فى هذا الموضع المسافرون ومارة الطريق وهكذا يقول فى الحصير والحشيش انه لايعود الى ملكه ولكن يصرف الى مسجد آخر بالقرب من ذلك المسجد وهدى الاحصار لم يزل عن ملكه قبل الذبح * واستدل أبو يوسف رحمه الله بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن يكون موضع الطاعة والقربة خالصاً لله تعالى فكذلك سائر هذه المساجد فى الحقيقة انما ينبنى هذا على ماينا فان أبا يوسف رحمه الله تعالى لايشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لايخرج من أن يكون مسجداً ومحمد يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك فى الانتهاء اذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجداً * وحكى ان محمداً رحمه الله مر بمزبلة فقال هذا مسجد أبي يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الي ملك الثانى يصير مزبلة عند تطاول المدة * ومر أبو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعنى انه لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد أن كان مسجداً فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما أشار اليه * ثم ذكر في الاصل بعض صكوك الوقف وشرح ماهو من رسم الصكوك في ذلك بذكره في كتاب الشروط وانما نذكر هنا من ذلك مايتصل بالوقف * فمنه انه ذكر فى المصارف وعلى ذوى الحاجة من موالى فلان بن فلان ومولياته ولم يذكر الاسفل أو الاعلى وتأويل هذا اذا كان فلان من هؤلاء العرب لا ولاء عليه فان كان عليه ولاء فالوقف بهذا اللفظ لايصح مالم يبين الاعلى أوالاسفل على قياس الوصية فانه لو أوصى لمو الى فلان ولفلان موال أعتقوه وأعتقهم فانه لاتصح الوصية مالم يبين الاسفل أوالاعلى . منصوص عليه في الوصايا فى الجامع فكذلك الوقف * ومن ذلك أنه يشترط فيه أن يرفع الوالي من غلاته كل عام مايحتاج اليه لاداء العشر والخراج وما يحتاج اليه لبذر الارض ومؤنتها وأرزاق الولاة لها ووكلائها وأجور وكلائها ممن يحصدها ويدرسها وغير ذلك من نوائبها لان مقصود الواقف استدامة الوقف وان تكون المنفعة واصلة الي الجهات المذكورة فى كل وقت ولايحصل ذلك الا برفع هذه المؤن من رأس الغلة وذلك وان كان يستحق بغير الشرط عندنا الا انه لايؤمن جهل بعض القضاة فربما يذهب رأى القاضى الى قسمة جميع الغلة بناء على الظاهر واذا شرط ذلك يقع الامن بالشرط والمقصود بالكتاب التوثق فينبغى

أن يكتب على أحوط الوجوه فيتحرز فيه من طعن كل طاعن وجهل كل جاهل * ومن ذلك قال وان مات القيم فيه في حياة الواقف فالامر فيه الى الموقف يقيم فيه من أحب ولا شك في جواز هذا الشرط على أصل أبي يوسف لانه يجوز اشتراط الواقف الرأي لنفسه في الاستبدال بالوقف ففي نصب القيم أولى وكذلك عند محمد رحمه الله لانه لا يجوز شرط الاستبدال بالوقف لما فيه من شرط اعادة العين الأولى الي ملكه وذلك لا يوجد هنا وقد بينا ان القيم نائب عن الواقف بمنزلة الوكيل له في نصيبه ليعمل للموقوف عليهم باعتبار أنه جعل منفعتهم كنفعته فاشتراط رأيه في نصب قيم آخر بعد موت الاول يحقق المقصود بالوقف ولا يغيره قال (فان مات بعده فأوصي الى غيره فوصيه بمنزلته) لان الواقف نصبه ليكون ناظراً له محصلا لمقصوده وقد يعجز عن ذلك بموته فيكون آذنا له في الاستعانة بغيره بعد موته كما أن للوصى أن يوصي الى غيره وهذا المعنى يخفى على بعض القضاة كما خفي على بعض العلماء فلم يجوزوا للوصى أن يوصي الى غيره فيشترط ذلك في الكتاب للتحرز عن هذا . قال (وان مات ولم يوص الى أحد فالرأى فيه الى القاضى) لانه نصب ناظراً لكل من عجز بنفسه عن النظر والواقف ميت ومصرف الغلة عاجز عن التصرف في الوقف لنفسه فالرأى في نصب القيم الى القاضي . قال (ولا يجعل القيم من الاجانب ماوجد من أهل بيت الموقف وولده من يصلح لذلك) لانه لولم يذكر هذا الشرط كان للقاضى أن ينصب أجنبيا اذا رأى المصلحة في ذلك ومقصود الواقف أن يكون ذلك في أهل بيته وولده اما ليكون الوقف منسوبا اليه ظاهراً أولان ولده أشفق على وقف أبيه من غيره ويذكر هذا في الكتاب ليتحرز القاضى عن خلاف شرطه . قال (وان لم يجد فيهم من يصلح له فجعله الى أجنبي ثم صار فيهم من يصلح لذلك صرفه اليه) لانه بدون الشرط لا يستحق على القاضي أن يفعل ذلك والانتهاء لا يعتبر بالابتداء في بعض الاحكام ألا ترى أن العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء والاباق في المبيع كذلك فاذا ذكر هذا في كتابه وجب علي القاضى مراعاة شرطه لقوله تعالى فانما اثمه على الذين يبدلونه وكونه في يد ولده اذا كان يصلح لذلك أنفع وان خاف أن يبطل بعض القضاة وقفه ونقضه فأحب الي أن يتحرز من ذلك * وفيه طريقان (أحدهما) أن يكتب في صكه . وان أبطله قاض أو غيره بوجه من الوجوه فهذه الارض بأصلها وجميع ما فيها وصية من مال فلان تباع فيتصدق بثمنها على من سمينا في كتابنا وهذا لان القاضى انما يبطل عند

خصومة وارث أو غريم لاتصال المنفعة اليه وذلك ينعدم بما يذكره الموقف فلا يشتغل أحد بابطاله والوصية تحتمل التعليق بالشرط فانها فى الاصل اثبات الخلافة بعد الموت والتعليق بالشرط يليق به (والوجه الثانى: ان الموقف بعد اتمام الوقف بالتسليم الى المتولى يخاصم فيه الى قاض يرى اجازته ويطلب منه ابطاله حتى يقضى القاضى باجازته فينفذ قضاؤه لانه قضي عن اجتهاد فى مجلسه وليس لاحد بعد ذلك ابطاله فاما أن يكون اجازته في نسخة على حدة ويشهد الشهود على ذلك ويكتب ذلك في آخر صك الوقف. والذى جرى الرسم به لآن أنهم يكتبون اقرار الواقف بذلك والمقصود لايحصل فاقراره لايكون حجة فى حق الذى يرى ابطاله وربما يكتبون وقد رفع هذا الى قاض من القضاة وهذا كذب انلم يكن رفع الى أحد ولا رخصة فى الكذب والمقصود لايتم به أيضاً فربما يذهب اجتهاد قاض الى أن القضاء والاجارة من المجهول لاتعتبر فانما يتم المقصود بما ذكرنا. قال (ولايجوز أن يوقف على تجهيز الرجل بالكراع والسلاح والنفقات فى سبيل الله تعالى ويبين ذلك في صك) وهذا لانه من باب القربة والطاعة فانه جهاد بالمال والجهاد سنام الدين وهذه جهة لا انقطاع لها ما بقيت الدنيا قال عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض منذ بعثنى الله تعالى الى أن يقاتل آخر عصابة من أمتى الدجال فلهذا يجوز الوقف على هذه الجهة. قال (وان كان فى الضيعة مماليك وأزواجهم وأولادهم يعملون فيها فوقفها بمن فيها منهم وسماهم جاز ذلك) لان المقصود وهو الغلة بعملهم يحصل والوقف فان كان يختص بالعقار فيجوز أن يثبت فى المنقول تبعاً للعقار وعلى هذا آلات الحراثة اذا ذكرها في الوقف يثبت فيها حكم الوقف تبعاً وهو كالشرب والطريق يدخل فى البيع تبعاً وان كان لايجوز البيع فيه مقصوداً ثم فى وقف المنقول مقصوداً اختلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ذكره فى السير الكبير (والجواب) الصحيح فيه ان ماجرى العرف بين الناس بالوقف فيه من المنقولات يجوز باعتبار العرف وذلك كثياب الجنازة وما يحتاج اليه من القدور والأوانى فى غسل الميت والمصاحف والكراع والسلاح للجهاد فانه روى انه اجتمع في خلافة عمر رضى الله عنه ثلثمائة فرس مكتوب على افخاذها حبيس في سبيل الله تعالى وهذا الاصل معروف أن ماتعارفه الناس وليس فى عينه نص يبطله فهو جائز وبهذا الطريق جوزنا الاستبضاع فيما فيه تعامل لقوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن. قال (واذا وقفها على أمهات أولاده في حال وقفه ومن يحدث منهن بعد ذلك وسمى

لكل واحدة منهن كل سنة شيئاً معلوماً في حياة فلان وبعد وفاته ما لم يتزوجن فهو جائز) وعلى هذا أصل أبي يوسف ظاهر وقد بينا ان عنده لو شرط بعض الغلة لنفسه فى حياته جاز فلامهات أولاده أولى وانما الاشكال على قول محمد رحمه الله فانه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات أولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكنه جوز ذلك استحساناً للعرف ولانه لابد من تصحيح هذا الشرط لهن لأنهن يعتقن بموته واشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك في حياته أيضاً تبعاً لما بعد الوفاة كما قال أبو حنيفة وأصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد مماتي مما يتعلق به اللزوم وكذلك ان سمى في ذلك لمدبريه لأنهم يعتقون بموته كامهات الاولاد بخلاف العبيد والاماء على قول محمد. وأبو يوسف يجوز ذلك كله وانما يشترط مالم يتزوجن لان مقصوده توفير المنفعة عليهن مادمن فى بيته مشغولات بخدمة أولاده وذلك ينعدم بالتزوج. أو مقصوده من ذلك التحرز عن ضياعهن لعجزهن عن التكسب ويختص ذلك بماقبل التزوج فمن تزوجت منهن تستحق النفقة على زوجها فلهذا قال مالم يتزوجن. قال (فان جعل الرأى فى توزيع الغلة على الفقراء أو القرابة فى الزيادة والنقصان الى القيم جاز ذلك) لان رأى القيم قائم مقام رأيه وكان له فى ذلك التفضيل عند الوقف رأيا فيجوز أن يشترط ذلك في القيم بعده وهذا لان المصارف تتفاوت في الحاجة باختلاف الاوقات والامكنة فمقصوده أن تكون الغلة مصروفة الى المحتاجين فى كل وقت وانما يتحقق ذلك بالزيادة والنقصان بحسب حاجتهم والصرف الى البعض دون البعض اذا استغنى البعض عنه فلهذا جوز له أن يجعل الرأى فى ذلك الى القيم * وان كتب لامهات أولاده وجواريه اللاتى جعلن حرائر بعد موته كتابا أنه تصدق عليهن فى حياته وجعل لهن بعد وفاته سكنى منازل وسماهن وبين حدودها ومواضعها تسكن كل امرأة منهن من ذلك بقدر مايكفيها ماعاشت وأى امرأة منهن تزوجت أو خرجت منتقلة الى غير هذه المنازل فلا حق لها فى السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتباراً للسكنى بالغلة فان الغلة تدل على المنفعة واذا صح منه هذا الشرط لهن فى الغلة فكذلك في المنفعة وهذا لان مقصوده اتصال حاجتهن اليهن لكيلا يضعن بعده وربما تكون حاجتهن الى السكنى دون الغلة وقد أعطاهن في حياته من المال مايكفيهن وانما وضع هذه المسائل في أمهات الاولاد لأن الحكم في الزوجات الحرائر بخلافه لان الزوجات يرجعن الى قراباتهن ولا قرابة لامهات الاولاد فى دار الاسلام فلهذا ذكر المسائل فيهن. قال

وان لم يحتج من بقي منهن كان ذلك ميراثا على فرائض الله تعالى) ولكن هذا الشرط يجوز عند أبي يوسف رحمه الله في الحياة والموت لما بينا أنه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد واشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فأما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط للزوم الوقف في الحياة فاشتراط العود الى الورثة يعدم هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا أن يجعل ذلك وصية من ثلثه بعد موته فحينئذ يجوز ذلك بمنزلة الوصية لمعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فان ذلك جائز من ثلثه ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له فكذلك في حق أمهات الاولاد اذا سماهن وان كتب انه جعل لهن في حياته وأوصى لهن من بعد وفاته لكل واحد منهن بخدمها ومتاعها وحليها وثيابها وجوهرها وسمي ما جعل لكل واحدة منهن من ذلك وبين قيمته ووزنه وأنه قد جعل لها في حياته وصحته ذلك ودفعه اليها وأوصى لها بما بعد وفاته فانه تجوز الوصية من الثلث ولا تجوز في الحياة عندهم جميعاً وأما عند محمد رحمه الله لا يشكل وعند أبي يوسف رحمه الله لانه يملكهن الاعيان هنا والمملوكة ليست من أهل التمليك فلا يصح التمليك منهن الا باعتبار حريتهن وذلك بعد وفاته فعرفنا أنه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيكون وصية من الثلث وفيما سبق لا يملك بالوقف احد شيئاً ولكن يخرج العين عن ملكه فيجعله موقوفاً عليهن لحاجتهن الى السكنى وذلك يتم منه في الحال فاذا كان صحيحاً حين أخرج الوقف من ملكه تم ذلك معتبراً من جميع ماله ومحمد رحمه الله هكذا يقول فيما لا يعود اليه والى ورثته بعد ذلك بحال بأن جعل آخر وقفه على جهة لا تنقطع فان كان بحيث يعود اليه والى ورثته بعد وفاته لا يتم زواله عن ملكه فانما يبقى تمليكه منهن وذلك لا يجوز في حياته وانما يجوز بعد وفاته فيكون بمنزلة الوصية بالسكنى تعتبر بالثلث من ماله والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الهبة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء : اعلم بأن الهبة عقد جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بالتحية السلام والاول أظهر فان قوله أو ردوها يتناول ردها بعينها وانما يتحقق

ذلك في العطية وقال الله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً واباحة الاكل بطريق الهبة دليل جواز الهبة . والسنة حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الواهب أحق بهبته مالم يثبت منها ولانه من باب الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله تهادوا تحابو * ثم الملك لا يثبت فى الهبة بالعقد قبل القبض عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى يثبت لانه عقد تمليك فلا يتوقف ثبوت الملك به على القبض كعقد البيع بل أولى لان هناك الحاجة الى اثبات الملك من الجانبين وهنا من جانب واحد فاذا كان مجرد القول يوجب الملك من الجانبين فمن جانب واحد أولى وحجتنا فى ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة معناه لا يثبت الحكم وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق والصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على هذا فقد ذكر أقاويلهم في الكتاب ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية وتأثيره ان عقد التبرع ضعيف فى نفسه ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو موته في الوصية لكون الموت منافياً لملكه وتسليمه في الهبة لازالة يده عنه بعد ايجاب عقد التمليك لغيره . يوضحه أن له فى ماله ملك العين وملك اليد فتبرعه بازالة ملك العين بالهبة لا يوجب استحقاق مالم يتبرع به عليه هو اليد ولو أثبتنا الملك للموهوب له قبل التسليم وجب على الواهب تسليمه اليه وذلك يخالف موضوع التبرع بخلاف المعاوضات . والصدقة كالهبة عندنا فى أنه لا يوجب الملك للمتصدق عليه الا بالقبض خلافا لمالك رحمه الله . وفى الصدقة خلاف بين الصحابة ومن بعدهم رضى الله تعالى عنهم وكان علىّ وابن مسعود رضى الله عنهما يقولان اذا أعلمت الصدقة جازت وكان ابن عباس ومعاذ رضى الله عنهم يقولان لا تجوز الصدقة الا مقبوضة وعن شريح وابراهيم النخعى رحمهما الله تعالى فيه روايتان ذكرهما فى الكتاب فأخذنا بحديث ابن عباس رضى الله عنهما وحملنا قول على وعبدالله بن مسعود رضى الله عنهما على صدقة الرجل على ولده الصغير وذلك بالاعلام يتم لانه يصير قابضا له والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام يقول ابن آدم مالى مالى وهل لك من مالك الا ما أكلت فأفنيت أولبست فأبليت أوتصدقت فأمضيت وما سوى ذلك فهو مال الوارث . فقد شرط النبي عليه الصلاة والسلام

الامضاء في الصدقة وذلك بالقبض يكون وقد بينا هذا فى كتاب الوقف * ثم الهبة والصدقة قد تكون من الاجانب وقد تكون من القرابات وذلك أفضل لما فيه من صلة الرحم واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فقال أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولهذا بدأ الكتاب بحديث رواه عن ابراهيم عن عمر رضى الله عنه قال من وهب لذى رحم محرم هبة فقبضها فليس له أن يرجع فيها . وذكر بعد هذا عن عطاء ومجاهد عن عمر رضي الله عنه قال من وهب هبة لذى رحم محرم فقبضها فليس له أن يرجع فيها ومن وهب هبة لغير ذى رحم فله أن يرجع فيها مالم يثب منها . والمراد بقوله ذى رحم محرم قد ذكر ذلك فى بعض الروايات وهذا لانه يفترض صلة القرابة المتأبدة بالمحرمية دون القرابة المتحرزة عن المحرمية وهو كما يتلى فى القرآن فى قوله سبحانه وتعالى واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام أى اتقوا الارحام أن تقطعوها وقال الله تعالى وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم فأصمهم وأعمى أبصارهم والمراد الرحم المتأبد بالمحرمية * ثم ان الحديث دليل أن الهبة لا تتم الا بالقبض لانه اعتبر القبض للمنع عن الرجوع وهو دليل لنا أن الوالد اذا وهب لولده هبة ليس له أن يرجع فيها كالولد اذا وهب لوالده وهذا لان المنع من الرجوع لحصول المقصود وهو صلة الرحم أولما فى الرجوع والخصومة فيه من قطيعة الرحم والولاد فى ذلك أقوي من القرابة المتأبدة بالمحرمية . وفيه دليل على أن من وهب لاجنبي هبة فله أن يرجع فيها ما لم يعوض منها لقوله عليه الصلاة والسلام ما لم يثب والمراد بالثواب العوض فعمر رضى الله عنه إمامنا فى المسئلتين يحتج بقوله رضى الله عنه على الخصم وقد قال عليه الصلاة والسلام انما دار الحق فعمر معه وان ملكا ينطق على لسان عمر (وعن) عائشة رضى الله عنها قالت نحلنى أبو بكر رضي الله عنه جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما حضره الموت حمد الله تعالى واثنى عليه ثم قال يابنية ان أحب الناس الى غنى أنت وأعزهم علىّ فقرا أنت وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة وانما هما اخواك واختاك قالت فقلت فانما هى أم عبدالله يعنى اسماء قال انه ألقى في نفسى أن في بطن بنت خارجة جارية . ثم ذكر عن الشعبي عن عائشة رضى الله عنها ان ابا بكر رضى الله عنه نحلها أرضا له . وفى هذا دليل ان الهبة لا تتم الا بالقبض وانه يستوى في ذلك الاجنبي والولد اذا كانا بالغين . وفيه دليل على أن الهبة لا تتم الا بالقسمة فيما يحتمل القسمة لان أبا بكر رضي الله عنه أبطل لعدم القبض

والحيازة جميعاً بقوله وانك لم تكونى قبضتيه ولاحزتيه والمراد بالحيازة القسمة لانه يقال حاز كذا أى جعله في حيزه بقبضه وحاز كذا أى جعله فى حيزه بالقسمة ولو حملناه على القبض هنا كان تكراراً وحمل اللفظ علي ما يستفاد به فائدة جديدة أولى من حمله علي التكرار وفيه دليل أن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون باطلة لان أبا بكر رضي الله عنه باشرها ولـكن لايحصل الملك الا بعد القسمة كما لا يحصل الملك الا بعد القبض ولانقول الهبة قبل القبض باطلة . وفيه دليل ان التسليم كالتمليك المبتدا لان أبا بكر رضي الله عنه امتنع من ذلك لمرضه فان المريض ممنوع من ايثار بعض ورثته بشيء من ماله بطريق التبرع ولـكن طيب قلبها بما قال ابتداءا الى ما ندب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله رحم الله امرأ أعان ولده على بره بدأ كلامه بالحمد والثناء على الله تعالى وكل مسلم مندوب الى ذلك خصوصاً في وصيته . ثم يستدل بقوله ان أحب الناس الىّ غنى أنت وأعزهم علىّ فقراً أنت أى أشدهم من تفضيل الغنى الشاكر على الفقير الصابر ولا شك أن أبا بكر رضى الله عنه كان يحب لها أعلى الدرجات ولـكن المذهب عندنا أن الافضل ما اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال عليه الصلاة والسلام اللهم أحيني مسكيناوأمتنى مسكيناً واحشرنى فى زمرة المساكين وقال صلوات الله وسلامه عليه الفقر أزين بالمؤمن من العذار الجيد على خد الفرس . وكذلك أبو بكر رضى الله عنه اختار الفقر لنفسه حين أنفق جميع ماله على رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا أنه انما قال ذلك تطييباً لقلبها أو أحب الغنى لها لعجزها عن الـكسب أو ظن انه يشق عليها الصبر على الفقر فلهذا قال أحب الناس الىّ غنى أنت وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً من مالي بالعالية وذلك اسم موضع وقد كان وهب لها قدر عشرين وسقاً من ماله فى ذلك الموضع قال وانما هو مال الورثة . وفيه دليل علي أن حق الوارث يتعلق بمال المريض مرض الموت وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام وما سوى ذلك فهو مال الوارث أو قال ذلك باعتبار أن مآله الى ذلك كقوله تعالى انك ميت وانهم ميتون . وانما هما أخواك واختاك وانما ذكر ذلك لتطييب قلبها انه كان لا يسلم لك فلا يبعد عنك فأشكل على عائشة رضي الله عنها قوله واختاك لانها ما عرفت لها الا اختا واحدة وهى أم عبد الله فقال أبو بكر رضى الله عنه أنه ألقى فى نفسى أن فى بطن بنت خارجة جارية يعنى أم حبيب امرأته وكانت حاملا . وفيه دليل أن الحمل من جملة الورثة وانه لا بأس للانسان أن يتكلم بمثل هذا بطريق الفراسة فان أبا بكر

رضي الله عنه قال ذلك بفراسته ولم يكن ذلك منه رجماً بالغيب فان مافي الرحم لا يعلم حقيقته الا الله تعالى كما قال الله تعالى ويعلم ما في الارحام * ولهذا قيل أفرس الناس أبو بكر رضي الله عنه حيث تفرس في حبل امرته أنها جارية فكان كما تفرس وتفرس في عمر رضي الله عنه حين استخلفه بعده (وعن) عمر وعثمان رضي الله عنهما قالا اذا وهب الرجل لابنه الصغير هبة فأعلمها فهو جائز وبه نأخذ فان حق القبض فيما يوهب لهذا الصغير الى الاب لو كان الواهب اجنبياً فكذلك اذا كان الواهب يصير قابضاً له من نفسه فتتم الهبة بالقبض ولا بد من الاعلام ليحصل المقصود به فالولد لا يتمكن من المطالبة به ما لم يكن معلوما له وهو معنى ما روى شريح انه سئل ما يجوز للصبي من نحل ابيه قال المشهود عليه والمراد الاعلام فالاشهاد في الهبة ليس بشرط للاتمام وانما ذكر ذلك للتوثق حتى يتمكن الولد من اثبات ملكه بالحجة بعد موته على سائر الورثة (وعن) ابراهيم قال الرجل والمرأة بمنزلة ذي الرحم المحرم اذا وهب احدهما لصاحبه هبة لم يكن له ان يرجع فيها وبه نأخذ فان مابينهما من الزوجية نظير القرابة القريبة ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين بغير حجب ويمتنع قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه وهذا لان المقصود حصل بالهبة وهو تحقيق مابينهما من معنى السكن والازدواج وفي الرجوع ايقاع العداوة فيما بينهما والنفرة . والزوجية بمعنى الالفة والمودة فلا يجوز لاحدهما الاقدام على مايضاده وهذا كان مانعا من الرجوع فيما بين القرابات (وقال) في الرجل يهب لامرأته أو لبعض ولده وقد أدرك وهو في عياله ان ذلك جائز اذا أعلمه وان لم يقبض ذلك الموهوب له . وبه يأخذ ابن أبي ليلى فيقول اذا كان الموهوب له في عياله فيده في قبض الهبة كيده كما في الصغار . ولسنا نأخذ بذلك لانه لابد من نوع ولاية له ليجعل قبضه بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وان كان يعولهم ألا ترى أن الغنيّ يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدق عليهم لا يتم ذلك الا بالاعلام مالم يسلمه اليه (وعن) عطاء بن السائب عن شريح رحمهما الله انه سأله عن الحبيس فقال انما أقضي ولست أفتي فأعدت عليه المسئلة فقال لاحبيس عن فرائض الله تعالى . وبه يأخذ من يقول لا ينبغي للقاضي ان يفتي وهذا فصل تكلم فيه العلماء رحمهم الله . فمنهم من يقول في العبادات لا بأس بأن يفتي وفي المعاملات لا يفتي لكيلا يقف الخصم على مذهبه فيشتغلوا بالحيل على مذهبه . ومنهم من يقول لا يفتي في مجلس القضاء وله أن يفتي في غير مجلس القضاء

لانه لواشتغل بها فى مجلس القضاء وكل واحد منهما أمر عظيم فربما يتمكن الخلل في أحدهما وهو متعين للقضاء فيشتغل بما تعين له ويدع الفتوى لغيره . والاصح عندنا انه لا بأس له أن يفتى اذا كان أهلا لذلك وقد كان الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم يقضون بين الناس ويفتون . والقضاء فى الحقيقة فتوى الا أنه فتوى فيه الزام ولهذا كان القاضي في الصدر الاول يسمى مفتيا ألا ترى ان شريحا أفتى لما أعاد السؤال بقوله لا حبيس عن فرائض الله تعالى فهو دليل أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فى أن الوقف لا يتعلق به اللزوم وقد روى هذا عن ابن مسعود رضى الله عنه بيناه فى الوقف (وعن) ابن عباس وشريح رضي الله عنهما قالا جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبيس وهكذا عن الشعبي . وفيه بيان أنه كان معروفا فيما بينهم أن الوقف لا يتعلق به اللزوم (وعن) عمر رضي الله عنه قال مابال أحدكم يتصدق على ولده بصدقة لا يحوزها ولا يقسمها يقول ان أنا مت كانت له وان مات هو رجعت الي وايم الله لا يتصدق منكم رجل على ولده بصدقة لم يحزها ولم يقسمها ثم مات الا صارت ميراثا لورثته وهكذا نقل عن عثمان رضى الله عنه . وفيه دليل أن الصدقة لا تتم الا بالقبض والقسمة لان المراد بالحيازة المذكورة فى هذا الحديث القبض فانها قرنت بالقسمة فلو حملنا الحيازة على القسمة كانت تكرارا ولو حملناها على القبض كنا قد استفدنا بكل لفظ فائدة جديدة . وفيه دليل انه اذا مات بعد ما تصدق على ولده قبل أن يسلمها اليه فهو ميراث للورثة وتأويله اذا كان الولد بالغا فهو حجة على ابن أبى ليلى لانه لم يفصل بين ان يكون في عيال الأب أولا يكون ولو كان المراد الولد الصغير فاذا لم يقسمها لم يثبت الملك للولد فكان ميراثا عن الاب بعد موته (وعن) على رضى الله عنه قال اذا وهبت المرأة لزوجها هبة فان شاءت رجعت فيها اذا هى ادعت انه استكرهها وان وهب هو لها شيئا فليس له أن يرجع في الهبة وليس مراده الفرق بينهما فى الرجوع بحكم الزوجية وانما مراده أن الدعوى من المرأة أنها كانت مكرهة مسموع ومن الزوج لا لاعتبار الظاهر فالظاهر ان الزوج يتمكن من اكراه زوجته والمرأة لا تتمكن من اكراه زوجها والظاهر ان المرأة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الاكراه من الضرب والحبس والزوج لا يخاف ذلك من جهة امرأته . وفيه دليل أن الهبة من المكره لا تصح لان شرط صحة الهبة تمام الرضا والاكراه يعدم الرضا . قال (ومن وهب هبة مقسومة لذى رحم محرم وسلمها اليه فليس له أن يرجع فيها وان وهبها لاجنبي أو لذى

رحم ليس بمحرم فله أن يرجع فيها) وهما فصلان (أحدهما) اذا وهب لاجنبي شيئاً فله أن يرجع في الهبة عندنا مالم يعوض منها في الحكم وان كان لا يستحب له ذلك بطريق الديانة وعند الشافعي ليس له أن يرجع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده وفي رواية قال لا يحل . فقد نفى الرجوع أو حرم ولا يجوز الاقدام على ارتكاب الحرام شرعا وقال عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وفي رواية كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه والعود في القيء حرام فكذلك الرجوع في الهبة والمعنى فيه ان الهبة عقد تمليك فطلقه لا يقتضي الرجوع فيه كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد المقصود بالتمليك والعقد لا ينعقد موجبا مايضاد المقصود به وانما يثبت حق الرجوع قبل تمامه كما فيما بين الوالد والولد باعتبار أن الولد كسبه علي مانبينه أو أنه بعضه فلا يتم اخراجه عن ملكه لما جعلها بحرزة وهذا لا يوجد فيما بين الاجانب وهو معنى قولهم ليس بين الواهب والموهوب له حزونة فلا يرجع أحدهما فيما يهب لصاحبه كالاخوين . وحجتنا في ذلك حديث علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب علي معنى أنها كانت له كالرجل يقول أكلنا خبز فلان الخباز وان كان قد اشتراه منه ولانه مد هذا الحق الي وصول العوض اليه وذلك في حق الرجوع بعد التسليم وفي قوله تعالى فحيوا بأحسن منها أوردوها ما يدل على ذلك وقد بينا أن المراد بالتحية العطية قال القائل *تحيتهم بيض الولائد بينهم * يريد عطاياهم وفي حديث أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام من وهب هبة ثم أراد أن يرجع فيها فليوقف وليعرف قبح فعله وفي رواية حسن فعله فان أبى يرد عليه والمراد حسن فعله في الهبة وقبح فعله في الرجوع (وعن) فضالة بن عبيد أن رجلين اختصما اليه فقال احدهما اني وهبت لهذا بازيا ليثيبني ولم يثبني فأنا أرجع فيه فقال فضالة لا يرجع في الهبة الا النساء والشرار من الناس اردد (وعن) أبي الدرداء رضي الله عنه قال الواهبون ثلاثة رجل وهب علي وجه الصدقة فليس له أن يرجع فيها ورجل استوهب فوهب فله أن يرجع فيها مالم يعوض ورجل وهب بشرط العوض فهي دين له في حياته وبعد موته والمعنى فيه أنه يمكن الخلل في المقصود بالعقد فيتمكن العاقد من الفسخ كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيباً . وبيان ذلك أن المقصود من الهبة للاجانب العوض والمكافأة والمرجع

فى ذلك الى العرف والعادة الظاهرة أن الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والي من يساويه ليعوضه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله لوفد ثقيف لما أتوه بشيء أصدقة أم هبة فالصدقة يبتغي بها وجه الله تعالى والهبة يبتغي فيها وجه الرسول صلى الله عليه وسلم وقضاء الحاجة ومنه يقال للايادى قروض وقال القائل

واذا جوزيت قرضا فاجزه * انما يجزى الفتى ليس الجمل

وبهذا يتبين أن حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا بل لتمكن الخلل فى المقصود بالعقد علي معنى أن المعروف كالمشروط ولا يقال انما يقصد العوض بالتجارات فأما المقصود بالهبة اظهار الجود والسخاء والتودد والتحبب وقد حصل ذلك وهذا لان العوض فى التجارات مشروط وفى التبرعات مقصود ومعنى اظهار الجود ايضاً مقصود فانما يمكن الخلل فى بعض المقصود وذلك يكفى للفسخ مع أن اظهار الجود مقصود كريم الخلق ولهذا يقول الراجع فى الهبة لا يكون كريم الخلق فاما مقصود طيبة النفس العوض ومعنى التودد انما يحصل بالعوض كما قال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا فان التفاعل يقتضى وجود الفعل من الجانبين كالمفاعلة فأما الحديث فالمراد به ان لا ينفرد بالرجوع من غير قضاء ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الي ذلك فينفرد بالاخذ لحاجته وسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعاً في الحكم كما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حمل على فرس سبيل الله ثم رأى ذلك الفرس يباع فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك والشراء لا يكون رجوعاً في الصدقة حكماً والمراد لا يحل الرجوع بطريق الديانة والمروءة وهو كقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاو اي لا يليق ذلك بالديانة والمروءة وان كان جائزاً في الحكم اذا لم يكن عليه حق واجب . والمراد بالحديث الآخر التنبيه في معنى الاستقباح والاستقذار ألا ترى أنه شبه بعود الكلب فى قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول وانه يستقبح . وقد بينا الفرق بين هذا وبين الاخوين والزوجين لحصول ماهو المقصود هناك وتمكن الخلل فيما هو المقصود هنا ولهذا يحتاج الى القضاء أو الرضا في الرجوع لانه بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض من حيث ان السبب تمكن الخلل فى المقصود فلا يتم الا بقضاء او رضا والله سبحانه وتعالى أعلم (والفصل الثانى) اذا وهب الوالد لولده فليس له أن يرجع فيه

عندنا وقال الشافعي له ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام الا الوالد فيما يهب لولده والاستثناء من النفي اثبات ومن التحريم اباحة * وفي حديث نعمان بن بشير رضي الله عنه قال نحلني أبي غلاما وانا ابن سبع سنين فأبت أمي الا أن يشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني أبي على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبره بذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه ألك ولد سواه فقال نعم فقال عليه الصلاة والسلام أو كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال عليه الصلاة والسلام هذا جور وانا لا نشهد على جور اردد فقد امره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالرجوع فيه واقل احوال الامر أن يفيد الاباحة ولانه جاد بكسبه على كسبه فيتمكن من الرجوع فيه كما لو وهب لعبده. ومعنى هذا أن الولد كسبه. قيل في معنى قوله تعالى ما أغنى عنه ماله وما كسب وما ولد وقال عليه الصلاة والسلام وان ولده من كسبه. وتأثيره ما بينا أنه لا يتميز عن ملكه اذا كان الموهوب له كسبا له كالموهوب به واذا كان الموهوب له جزأ منه فلا يشكل أنه لا يتم خروجه عن ملكه ولا يبعد أن يختص الوالد بما لا يشاركه الولد فيه كالتملك بالاستيلاد فانه يثبت للأب في جارية ابنه ولا يثبت للابن في جارية أبيه. وحجتنا ماروينا من حديث عمر رضي الله عنه فهو الامام لنا في المسئلتين ولان الهبة قد تمت لذي الرحم المحرم ملكا وعقدا فلا يملك الرجوع فيه كالابن اذا وهب لابيه أو الاخ لاخيه وهذا لان المقصود قد حصل وهو صلة الرحم ولان في الرجوع معنى قطيعة الرحم وهذا موجود في حق الوالد مع ولده لانه بالرجوع يحمله على العقوق وانما أمر الوالد أن يحمل ولده على بره. ولا يقال مقصود الوالد أن يخدمه الولد ولما رجع فالظاهر انه لم ينل ذلك لان شفقة الابوة تمنعه من الرجوع بعد حصول المقصود وهذا لان هذا المعنى خفي لا ينبني الحكم عليه وهو موجود في الولد اذا وهب لوالده فالظاهر أنه قصد أن يخصه باكرام وانما يرجع لانه لم ينل ذلك ولا معتبر بما ذكر من الكسب فانه لو وهب لمكاتبه أو لمعتقه لا يرجع فيه وهو كسبه أيضاً وهذا لان الولد كسبه لا ملكه بخلاف عبده. فأما الحديث فقد قيل معنى قوله عليه الصلاة والسلام الا الوالد ولا الوالد فان كلمة الا تذكر بمعنى ولا قال الله تعالى الا الذين ظلموا منهم أي ولا الذين ظلموا منهم وقوله تعالى وما كان مؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأً أي ولا خطأً. أو المراد الا الوالد فانه ينفرد باخذه عند حاجته على ما قررنا وحديث النعمان بن بشير رضي الله تعالى عنه قيل

قوله وانا ابن سبع سنين وقوله فحملني أبي علي عاتقه لم ينقل فى شيء من المشاهير فيحتمل انه كان بالغاً ولم يسلمه اليه. وعندنا في مثله له أن يرجع ويحتمل انه كان صغيراً ولكن كان فوض ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليهبه له ان رآه صوابا. ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام اردد أي أمسك مالك وارجع الى رحلك. وقيل كان هذا منه بطريق الوصية بعد موته ألا ترى أنه اعتبر التسوية بين الاولاد وانما تجب التسوية فى الوصية بعد الموت فأما فى الهبة فى الصحة فلا ألا ترى أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه خص عائشة بالهبة لها فى صحته كما روينا والدليل عليه أن النعمان بن بشير رضى الله عنه قال فرجع أبي في وصيته * وفى هذا التأويل كلام فالمذهب انه ينبغى للوالد ان يسوى بين الاولاد فى العطية عند محمد رحمه الله على سبيل الارث للذكر مثل حظ الانثيين وعند أبي يوسف رحمه الله يسوى بين الذكور والاناث قال عليه الصلاة والسلام ساووا بين أولادكم حتي في القتل ولو كنت مفضلا أحداً لفضلت الاناث والاعتماد على التأويل الاول * وذو الرحم الذى ليس بمحرم كالاجنبي فى حق الهبة لان ما بينهما من القرابة لا يفترض وصلها ولهذا لا يتعلق بها استحقاق العتق وحرمة النكاح وكذلك المحرم الذى ليس برحم لانه لا تأثير للرضاع والمصاهرة في استحقاق الصلة فكانت الهبة بينهما المقصود العوض فاذا لم ينل كان له أن يرجع فيها ان كانت قائمة لم يزدد خيراً * والموانع من الرجوع فى الهبة إما أخذ العوض لان المقصود به قد تم وفى قوله ما لم يثب منها دليل على انه لا رجوع بعد نيل العوض وأن يزداد الموهوب فى ندمه خيراً فان حق الرجوع فيما تتناوله الهبة وتلك الزيادة لم تتناولها الهبة ولا يتأتى الرجوع فى الاصل بدون الزيادة المتصلة وهذا بخلاف مالو زاد فى سعره لان ذلك ليس بزيادة فى العين فانه عبارة عن كثرة رغبات الناس فيه فأما العين علي حاله كما كان. ومنها أن يخرج الموهوب من ملك الموهوب له لان تبدل الملك كتبدل العين ولان حق الرجوع فى الملك المستفاد في الهبة على معنى أن بالرجوع ينتهى ذلك الملك فلا يمكن اثباته في ملك آخر. ومنها ان يموت الواهب فليس لوارثه أن يرجع فيه لان التمليك بعقد الهبة لم يكن منه فلا يخلف مورثه فيما لم يكن على ملكه عند موته ومنها ان يموت الموهوب له فان الملك ينتقل من الموهوب الى وارثه ولو انتقل الملك في حياته الى غيره لم يرجع الواهب فيه وكذلك بعد موته. قال (فان مات أحدهما إما الواهب أو الموهوب له قبل التسليم بطلت الهبة لان تمام الهبة بالقبض

وكان القبض في الهبة كالقبول في البيع من حيث ان الملك يثبت به فكما أن موت أحدهما بعد الايجاب قبل القبول يبطل البيع فكذلك الهبة . قال (وان كان الموهوب حاضراً في المجلس فقبضه الموهوب له باذن الواهب ملكه وان قبضه بغير اذنه في القياس لا يملكه وفي الاستحسان يملكه نص على ذلك في الزيادات) . وجه القياس أن العين باقية على ملك الواهب وليس لاحد أن يقبض ملك غيره بغير اذنه فكان متعديا في القبض لا متملكا ولان ايجاب العقد لا يكون اذنا في القبض كالبيع فان المشترى لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن لم يكن هذا قبضاً باذن وان كان المبيع حاضراً حتى لا يسقط حق البائع في الحبس بل أولى فان هناك قد ملكه المشترى بالعقد فانما يقبض ملك نفسه وهنا الموهوب له لم يملك بالعقد . ووجه الاستحسان أن القبض في الهبة كالقبول في البيع ثم ايجاب البيع يكون اذنا في القبول فكذلك ايجاب الهبة يكون اذنا في القبض لان مقصود الموجب اتمام تبرعه وذلك يكون بالقبض فكان في القبض تحصيل مقصوده فلهذا جعلناه مسلطاً للموهوب له على ذلك اذا كان الموهوب حاضراً بخلاف البيع والقبض هناك لاسقاط حقه في الحبس ولم يكن ذلك مقصوده بالبيع وانما كان مقصوده أن يسلم العوض له فلهذا لا يجعله بايجاب البيع راضياً بسقوط حقه في الحبس ولو لم يكن الموهوب حاضراً في المجلس فقبضه الموهوب له بعد ما افترقا بغير اذن الواهب لا يملكه وان قبضه باذن الواهب فقياس الاستحسان الاول أن لا يملكه أيضا لان القبض هنا بمنزلة القبول في البيع والقبول بعد الافتراق لا يوجب الملك باذن الموجب كان أو بغير اذنه فكذلك القبض هنا وفي الاستحسان يملكه لان العقد انعقد لوجود الايجاب والقبول والقبض محتاج الى ذلك ليتقوى به السبب فيكون موجباً للملك وذلك حاصل بعد الافتراق واذنه يحتاج في القبض الى اذن المالك صريحا أو دلالة فاذا كان الموهوب غائباً لم يثبت الاذن بقبضه دلالة فلا بد من التصريح بذلك فاذا قبضه باذنه ملكه . والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما نحر هداياه قال من شاء ان يقتطع فليقتطع وانصرف فكان إذنا بالقبض لمجهول يملكه بالقبض فلأن يصح ذلك للمعلوم كان أولى وله أن يرجع قبل أن يقبضه الموهوب له سواء كان حاضرا وغائبا أذن له في قبضه أولم يأذن له ومراده التفرد بالرجوع فان الملك لم يحصل للموهوب له فكان الراجع مستديما لملكه والمالك ينفرد باستدامة ملكه فأما بعد القبض لا يرجع في الهبة الا بقضاء أورضا بمنزلة الأخذ بالشفعة

لان الراجع يعيد الى نفسه ملكا هو لغيره فلا ينفرد به من غير قضاء ولا رضا لانه ان كان هو يطلب لحقه فالموهوب له يمنع تملكه فكان الفصل بينهما الى القاضي كما في الاخذ بالشفعة والفرقة بين العنين وامرأته. قال(واذا أودع الرجل الرجل شيئاً ثم لقيه فوهبه له وليس الشئ بحضرتهما فالهبة جائزة اذا قال الموهوب له قبلت ولا يحتاج فيه الى قبض جديد) لان الشئ فى يد الموهوب له واليد مستدامة فاستدامتها كانشائها بعد قبول الهبة وهذا لان القبض بحكم الهبة ليس بموجب للضمان فيد الامانة تنوب عنه بخلاف الشراء فان المودع اذا اشترى الوديعة من المودع وهي ليست بحاضرة لايصير قابضا بنفس الشراء فان القبض بحكم الشراء قبض ضمان وقبض الامانة دون قبض الضمان والضعيف لا ينوب عن القوى . وكذلك هذا فى العارية والاجارة لان قبض المستعير والمستأجر قبض أمانة كقبض المودع أوأقوى منه . قال(والنحلى والعمري والعطية بمنزلة الهبة فيما ذكرنا) لان هذه عبارات عن شئ واحد وهو التمليك بطريق الهبة وانما يعتبر المقصود لا العبارة عنه ألا ترى أن لفظ الفارسية والعربية فيه سواء والأصل فيه ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وأبطل الشرط يعنى شرط العود اليه بعد موت الموهوب له أما الصدقة اذا تمت بالقبض فليس له أن يرجع فيها سواء كانت لقرابته أولاجنبي لان المطلوب بالصدقة نيل الثواب وقد حصل ذلك ولا رجوع بعد حصول المقصود بتمامه ولان المتصدق يجعل ذلك المال لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير فيكون كفاية له من الله تعالى ولهذا لم يكن للمعطى فيه منة على القابض وانما له حق الرجوع في ملك ذلك المال المتملك من جهته وقد انعدم ذلك فى الصدقة فلهذا لا يرجع فيها ويستوى فى الهبة حكم الرجوع ان كان الموهوب له مسلما أوكافراً لان المقصود لا يختلف بذلك فانه ان كان اجنبيا فالمقصود العوض وان كان قريباً له فالمقصود صلة الرحم وفى هذا المسلم والكافر سواء .قال (واذا وهب عبدا لاخيه ولاجنبي وقبضاه فله أن يرجع فى نصيب الاجنبي اعتباراً للبعض بالكل) وهذا لان فى نصيب الاجنبي مقصوده العوض ولم ينل ذلك .قال(وان وهب لاخيه هبة وهو عبد فقبضها فله أن يرجع فيها) لان الملك بالهبة وقع للمولي والعبد ليس من أهل الملك والمولى أجنبي فعرفنا ان مقصوده العوض والمكافأة ولم ينل ذلك ولانه انما يخاصم فى الرجوع المولى باعتبار أن الملك واليد له فلا يتمكن بينهما قطيعة رحم اذا كان المولى أجنبياً .قال(وان وهب لعبد أخيه

هبة فله أن يرجع فيها في قول أبي حنيفة) وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له أن يرجع فيها. وجه قولهما ان الملك بحكم الهبة وقع لذى الرحم المحرم فلا رجوع فيها كما لو كان وهب للمولى وهذا لانه وان أضاف العقد الى العبد فالمقصود المولى وهو قريبه فعرفنا أن مقصوده صلة الرحم ألا ترى أنه لو أوصى لعبد وارثه أو لعبد قاتله كان ذلك كالوصية لمولاه حتى لا يصح ولانه في الرجوع يخاصم المالك وهو قريب له وفي مخاصمته في الرجوع فيها قطيعة الرحم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الصلة ما تمت لذى الرحم المحرم عقداً وملكا فيكون له أن يرجع فيها كما لو كان وهب لاخيه وهو عبد لغيره وهذا لان الرجوع باعتبار العقد والملك حتى اذا كان العقد معاوضة فليس فيه حق الرجوع وبعد زوال الملك لا رجوع والعقد هنا للعبد ألا ترى أن القبول والرد يعتبر منه دون المولى وان المعتبر منه دين العبد حتى اذا كان الموهوب خمراً صحت الهبة اذا كان العبد كافراً وان كان مولاه مسلماً. والملك بحكم الهبة يقع للعبد على أحد الطريقين لان الحكم انما يثبت لمن باشر سببه ولهذا يقدم فيه حاجة العبد حتى يقضي منه ديونه ثم ينتقل الى المولى عند استغناء العبد عنه لانه مالك لرقبته فيخلفه في كسبه خلافة الوارث المورث. وعلى الطريق الآخر الملك يقع للمولى ولكن بطريق الخلافة عن العبد لانه ليس بأهل للملك فيخلف القاتل في ذلك مولاه وهو نظير الطريقين في الوكيل بالشراء * اذا ثبت هذا فنقول لما وقع العقد للعبد وهو أجنبي فلا ينفك هذا العقد عن مقصود العوض فيثبت حق الرجوع فيه اذا لم يعوض ﴿ فان قيل ﴾ فاذا وقع الملك للعبد ثم انتقل منه الي المولى ينبغي أن لا يثبت حق الرجوع فيه ﴿ قلنا ﴾ هذا ان لو كان الثابت له ملكا مستقراً وهو ليس من أهل ذلك وعند العقد هذا الانتقال كان معلوماً فلا يكون مانعاً من الرجوع ﴿ فان قيل ﴾ كيف يقصد بالهبة من العبد العوض وهو ليس من أهل العوض فينبغي أن لا يثبت الرجوع في الهبة من العبد أصلا لعلمنا أنه لم يقصد العوض به كما لا يرجع في الهبة من الفقير ﴿ قلنا ﴾ العبد من أهل أن يعوض بمنافعه وخدمته ومن أهل أن يعوض بكسبه عند اذن المولى فكان المقصود بالهبة منه ما هو المقصود بالهبة من الحر وهو العوض وهذا بخلاف الوصية فالبطلان هناك لايثار بعض الورثة وذلك بالملك لا بالعقد فاعتبرنا من يقع له الملك وهنا الرجوع لفوات المقصود بالعقد فان العوض مقصود بعقد التبرع أيضاً فانما ينظر الى من وقع العقد أو الملك له فأيهما كان أجنبيا ثبت حق الرجوع له لانه لم

ينفك عن قصد العوض * فان كان المولى والعبد كل واحد منهما ذا رحم محرم منه بان كان أخوه لابيه عبداً لاخيه لامه فقد ذكر الكرخي عن محمد رحمه الله ان في قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن لا يرجع فيه أيضا لانه لا معتبر بقرابة العبد في المنع من الرجوع بدليل الفصل الاول فكان هذا وما لو كان العبد أجنبياً سواء وكان أبو جعفر الهندواني رحمه الله يقول لا يرجع هنا وهو الصحيح عندنا لانا علمنا أنه لم يقصد العوض بهذا العقد فان تخصيصه هذا العبد من بين عبيد مولاه دليل على أنه قصد صلة الرحم دون العوض وكذلك تخصيصه عند هذا المولى دليل على انه قصد صلة رحم مولاه فسواء اعتبرنا العقد أو الملك أو اعتبرناهما فالمقصود صلة الرحم دون العوض. قال (حربي دخل علينا بأمان وله عندنا أخ مسلم فوهب احدهما لصاحبه شيئاً وسلمه فلا رجوع له فيه) لان المقصود لا يختلف بكون أحدهما مسلما أو مستأمناً ولان الرحم مع المحرمية مانع من الرجوع في الهبة كما أنه موجب العتق عند دخوله في ملكه ويستوى في ذلك المستأمن والذمى والمسلم فكذلك في حق الرجوع فان لم يقبض الموهوب له حتي رجع الحربي الى دار الحرب بطلت الهبة لان رجوعه الى دار الحرب حربياً كموته فان من في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت وموت الموهوب له قبل القبض يبطل الهبة وكذلك ان كان الحربي هو الواهب فقد بطلت الهبة وبقي المال على ملكه فيوقف حتى يحضر هو أو نائبه فيأخذ ولا يبعث به الي دار الحرب بمنزلة مال خلفه في دارنا وهذا لبقاء حكم الامان في المال الذى خلفه هنا * فان كان الحربي اذن للمسلم في قبضه وقبضه بعد رجوعه الى دار الحرب جاز استحساناً وفي القياس لا يجوز لانه لما صار بمنزلة الميت بطلت الهبة ولا يبقى حكم اذنه في القبض كما لو مات حقيقة بعد الاذن في القبض وهذا لانه اذن له في قبض متمم للهبة وذلك لا يكون الا مع بقائه حيا حقيقة وحكماً. ووجه الاستحسان ان اذنه في القبض باق بعد لحاقه لان ابتداء اذنه في قبض هذا المال بعد لحاقه معتبر فانه لو أرسل هذا الرجل ليأخذ ماله يجب تسليمه اليه فلأن يبقى اذنه كان أولى واذا بقى اذنه يجعل في الحكم كانه سلمه اليه بنفسه، وحقيقة الفرق بين هذا والموت الحقيقى أن هناك المال صار حقا لوارثه وليس له اذن معتبر في ملك الغير وهذا المال بقى موقوفا على حقه فكان اذنه فيه معتبراً فلهذا يملك بالقبض باذنه استحساناً. قال (رجل وهب لامرأة هبة ثم تزوجها فله أن يرجع فيها) لانها لما كانت أجنبية منه حين وهب لها علمنا أن مقصوده العوض ولم

ينل ذلك ﴿فان قيل﴾ بل كان مقصوده أن تزوج نفسها منه وقد فعلت فينبغي أن لا يرجع في الهبة ﴿قلنا﴾ هذا ليس بمقصود شرعي فيما شرعت الهبة له فلا معتبر به وبالنكاح وان حصل له الملك فقد وجب عليه البدل فلا يعتبر ذلك في المنع من الرجوع في الهبة . قال (وان وهب لامرأته هبة ثم أبانها فليس له أن يرجع فيها) لان الهبة لما كانت في حال قيام الزوجية بينهما عرفنا أنه لم يكن مقصوده العوض فلهذا لا يرجع فيها . قال (رجل وهب لابنه الكبير عبداً وهو في عياله ولم يسلمه اليه أو وهب لزوجته لم تجز الهبة الا على قول ابن ابي ليلى) فانه يقول من في عياله تحت يده فيقوم قبضه لهم مقام قبضهم كما لو وهب لولده الصغير والدليل عليه أن الصغير اذا كان في عيال أجنبي فوهب هو له أو غيره هبة وقبضه من يعوله تمت الهبة ولا نسب بينهما سوى أنه يعوله ولكنا نقول لا ولاية له على ولده البالغ ولا على زوجته فيما وراء حقوق النكاح وقبض الهبة ليس من حقوق النكاح في شيء وكان هو والاجنبي في ذلك سواء ولانه متبرع بالاتفاق على ولده البالغ فهو كالغني اذا تبرع بالاتفاق على بعض المساكين ويعولهم فلا ينوب قبضه عن قبضهم في اتمام الصدقة والهبة بخلاف الاب في حق ولده الصغير فانه وليه وهكذا نقول فيمن يعول يتيما انما يعتبر قبضه له اذا لم يكن لليتيم ولي يقبض له وهنا الموهوب له ولي نفسه فلا حاجة الى قبض من يعوله في حقه كما اذا كان الصغير في عيال أجنبي وله أب أو جد فانه لا يعتبر قبض من يعوله في اتمام الهبة له . قال (وكل شيء وهبه لابنه الصغير واشهد عليه وذلك الشيء معلوم فهو جائز) والقبض فيه باعلام ما وهبه له والاشهاد عليه والاشهاد له ليس بشرط بل الهبة تتم بالاعلام الا انه ذكر الاشهاد احتياطاً للتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته أو عن جحوده بعد ادراك الولد أما اذا اتفقوا على ذلك فالهبة تامة بدون الاشهاد . وكذلك ان كان هذا الولد في عيال أمه لان لها عليه نوع ولاية ألا ترى انها تحفظه وتحفظ ماله وهذا القدر من الولاية يكفي لقبض الهبة . والصدقة في هذا قياس الهبة لان تمام كل واحد منهما بالقبض . قال (وان كان اليتيم في عيال امه فوهبت له عبداً واشهدت عليه وأبوه ميت ولا وصي له جازت الهبة وقبض الام بمنزلة الاب لو كان حيا) لان في القبض معنى الاحراز كالحفظ وللأم ولاية حفظ مال اليتيم فكانت في قبض الهبة كالاب . قال (وكذلك ان كان اليتيم في عيال عمه فقبضه العم له وان كان له أخ أو أم فقبض العم له قبض ايضاً) لانه يستوي بالاخ في ثبوت ولاية الحفظ له في ماله فكان ذلك محض منفعة له وبسبب

قرابته القريبة يثبت هذا القدر من الولاية كقرابةالعم لقرابة الاخ ثم تأيدت قرابة العم بكون اليتيم فى عياله فتتم الهبة له بقبضه * قال وكذلك ان كان له وصى فوهب له هبة وهو فى عياله وأشهد على ذلك وأعلمه جاز وقبل مراده وصى الام أو الاخ فأما وصي الاب والجد فله أن يقبض ما يوهب له سواء كان في عياله أولم يكن لانه قائم مقام الوصى فى الولاية فى ماله مطلقا سواء كان هو الواهب له أو غيره. قال (فان كان رجل اجنبي يعول يتيما وليس بوصى له ولا بينهما قرابة وليس لهذا الوصي أحد سواه جاز له ان يقبض ما يوهب له استحسانا) وفى القياس لا يجوز لانه لا ولاية له عليه وهو متبرع فى تربيته والانفاق عليه فكان كسائر الاجانب فيما ينبنى على الولاية ولكنه استحسن فقال فيما يتمحض منفعة لليتيم فمن يعوله خلف عن وليه ألا ترى انه أحق بحفظه وتربيته لو أراد اجنبي آخر ان ينتزعه من يده لم يكن له ذلك وأن يسلمه في تعليم الاعمال فيكون فى ذلك بمنزلة وليه والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل. وانما أثبتنا هذه الخلافة توفيراً للمنفعة على الصغير لانه يقرب الى المنافع ويبعد عن المضار وفى قبض الهبة محض منفعة له فاذا ثبت أن له أن يقبض هبة الغير له فكذلك اذا كان هو الواهب فاعلمها وأبانها فهو جائز وقبضه له قبض ويستوى ان كان الصبي يعقل أولا يعقل. وفيه نوع اشكال لانه اذا كان يعقل فهو من اهل ان يقبض بنفسه فلا حاجة الى اعتبار الخلف هاهنا * ولكن الجواب ان يقول يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه فالصغير تبقى ولايته عن نفسه ولكن لتوفير المنفعة عليه وفى اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنى توفير المنفعة اظهر لانه ينفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير لانه يقبض هناك بولايته على نفسه وولاية الغير خلف فلا يظهر عند ظهور الاصل. قال (وكل يتيم في حجر اخ أو ابن اخ أو عم يعوله فوهب له رجل هبة فانما يقبضها الذى يعوله اذا كان هو صغيراً لا يحسن القبض) وكذلك ان كان عاقلا يحسن القبض فقبض له من يعوله جاز لما بينا وان قبض الصغير بنفسه ففى القياس لا يجوز قبضه وهو قول الشافعى لانه لا معتبر بقبضه قبل البلوغ خصوصاً فيما يمكن تحصيله له بغيره فان اعتبار عقله للضرورة وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره فأما فيما يمكن تحصيله له بغيره فلا تتحقق الضرورة ولهذا لم يعتبر الشافعي رحمه الله عقله فى صحة اسلامه واعتبره فى وصيته واختياره احد الابوين لان ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره. وجه الاستحسان انه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه

فالظاهر أنه لا يتم نظره في عواقب الامور بما له من العقل الناقص قبل بلوغه وهذا فيما يتردد بين المضرة والمنفعة فأما فيما يتمحض منفعته لا يتحقق هذا المعنى وقد بينا أن في اعتبار عقله توفير المنفعة عليه واذا كان فيما لا يمكن تحصيله له بغيره اذا كان محض منفعة يعتبر عقله لتوفير المنفعة عليه بطريقتين * ثم العادة الظاهرة بين الناس التصدق على الصبيان من غير نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير منكر أصل من الاصول كبير ولان حقيقة القبض توجد منه وهو محبوس فانما يسقط اعتباره في حق حكمه لحجر شرعي ولا حجر عليه فيما يتمحض منفعته له . قال (والصبية التي دخل بها زوجها فان زوجها يقبض الهبة لها لانه يعولها ﴿ فان قيل ﴾ الولاية عليها للاب دون الزوج ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن الاب أقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها اذا زفها الى بيت الزوج وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولكن لهذا لا تنعدم ولاية الاب فاذا قبضها الاب صح قبضه لقيام ولايته وان قبضت بنفسها جاز لانها تعقل القبض وان قبض الزوج جاز لما بينا ولا يكون الزوج في هذا بمنزلة ما لو سلم الاب ولده الصغير الى من يعوله لان ذلك لا يثبت به الاستحقاق فعرفنا انه لا يقوم فيه مقام الاب والزوج بحكم النكاح يثبت له عليها استحقاق اليد حتى يصير أولى بها من ابيها وان كانت لم ترف الى زوجها لم يعتبر قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم أنه يعولها وان له عليها يداً مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف وان ادركت لم يجز قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها لانها صارت ولية نفسها حين بلغت عاقلة . قال (ولا يجوز قبض الاخ والجد على الصغير اذا كان الاب حياً حاضراً) لان من هو الاصل في هذه الولاية حاضر فلا حاجة الى اعتبار من هو خلف في ذلك فان كان الاب غائبا غيبة منقطعة فقد خرج الصغير من أن يكون منتفعا برأى الاب فيصير هو كالمعدوم فتكون ولاية القبض للاخ اذا كان الصغير في عياله وهذا نظير ولاية التزويج ونظير حق الحضانة والانفاق من المال فانه لا يعتبر مال الجد ما دام الصغير منتفعاً بمال الاب فاذا انعدم ذلك بغيبة ماله جعل في حكم المعدوم أصلا ألا ترى أن التيمم لما جعل خلفا عن الماء في حكم الطهارة فحال عدم الماء وحال نجاسة الماء الموجود في ذلك سواء لان ما هو المقصود وهو الطهارة لا يحصل بالماء النجس فان كان الاب دفعه الى غير الاخ وغاب غيبة منقطعة فكان في حجر الرجل وعياله جاز له قبض الهبة ولو قبض الاخ لم يجز قبضه لان الاب اقامه مقام نفسه في النظر

له فكان هو منتفعا برأيه قائما مقامه ولو كان منتفعاً برأيه بأن كان حاضراً لم يجز قبض الاخ فهذا مثله وهذا لما بينا ان مجرد قرابة الاخ لا تثبت له الولاية بدون اليد * واذا كان في عيال من اختاره الاب فليس للاخ عليه يد موجودة ولا مستحقة حتى انه ليس له ان يسترده ممن يعوله فكان كالاجنبي ولمن يعوله يد مستحقة ما لم يحضر الاب فهو الذى يقبض الهبة له والله اعلم بالصواب

باب ما يجوز من الهبة وما لا يجوز

قال (واذا وهب الرجل للرجل نصيبا مسمى من دار غير مقسومة وسلمه اليه مشاعاً أو سلم اليه جميع الدار لم يجز) يعني لا يقع الملك للموهوب له بالقبض قبل القسمة عندنا وقال الشافعي يقع الملك وتتم الهبة لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل المدينة نظر الى موضع المسجد فوجده بين أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فوهب أسعد رضي الله عنه نصيبه لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وهب الرجلان نصيبهما منه أيضا فبنى المسجد (وقال) عليه الصلاة والسلام للرجل الذى أتاه بكبة من شعر فقال أخذت هذه من الغنيمة لأخيط بها بردعة بعير لى أما نصيبي منها فهو لك فقد وهب المشاع (وعن) أنس بن مالك رضي الله عنه انه جوز الهبة فى المشاع ولانه عقد تمليك للمال فيصح فى المشاع كالبيع وتأثيره أن الجزء المشاع محل لما هو موجب هذا العقد وهو الملك وانما يشترط فى المحل المضاف اليه العقد كونه محلا لحكم العقد وبه فارق الصوف على ظهر الغنم فانه مملوك وصفا وتبعا لا مقصوداً وموجب الهبة الملك مقصوداً ولهذا لا يجوز اضافة البيع اليه بخلاف الجزء الشائع ولان الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع تمام الهبة وما يؤثر فيه الشيوع فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة فيه سواء كالرهن عندكم والنكاح عندى ولان الهبة عقد تبرع فتكون بمنزلة القرض والوصية والشيوع لا يمنع صحة الوصية وهى تبرع بعد الموت فكذلك التبرع فى الحياة ولا يمنع القرض أيضاً فانه لو دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفها قرضاً عليه ويعمل فى النصف الآخر بشركته يجوز ذلك وبفصل القرض يبطل اعتمادكم على اشتراط القبض فاصل القبض شرط لوقوع الملك فى القرض ثم لا تشترط القسمة والدليل على ان القبض مع الشيوع يتم انه ينتقل الضمان الي

المشترى بالقبض مع الشيوع ويملك المشاع عندكم بالبيع الفاسد والمشاع يصلح أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف. واعتمادنا في المسئلة على اجماع الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم فقد روينا فى أول الكتاب شرط القسمة عن أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم وعن على رضى الله عنه من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز حتى يقاسم والمعنى فيه أن شرط القبض منصوص عليه في الهبة فيراعي وجوده على اكمل الجهات التى تمكن كشرط استقبال القبلة في الصلاة لما كان منصوصاً عليه يشترط ذلك فيه حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته والحطيم من البيت من وجه دون وجه وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون الاطلاق لا يثبت الكمال. ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء فى حيز القابض والمشاع فى حيزه من وجه وفى حيز شريكه من وجه لانه لا يمكن ان يشار الى شيء منه بعينه فيقال انه في يد هذا دون هذا ولان القسمة من تتمة القبض ألا ترى ان الشفيع لا ينقض قسمة المشترى كما لا ينقض قبضه وله حق نقض تصرفات المشترى فان للمشترى ان يطالب البائع بالقسمة بعد الشراء وانما يثبت له حق المطالبة بالقبض بالشراء فعرفنا أن القسمة من تتمة القبض فبدونها لا يتم ولكن هذا فيما يتأتى فيه القسمة فأما فيما لا يقسم القسمة لا يكون حيازة لان المقصود الانتفاع وبالقسمة يتلاشي فعرفنا أن القسمة فيه ليست من تتمة القبض ولان اشتراط أصل القبض فى وقوع الملك هنا لمعنى ذلك المعنى موجود في القسمة وهو أن لا يصير عقد التبرع سببا لوجوب الضمان للمتبرع عليه على المتبرع في عين ما تبرع به لانه لو ملك قبل القبض طالبه بالتسليم اليه وكذلك لو ملكه قبل القسمة طالبه بالتسليم اليه فكذلك لو ملكه قبل القسمة طالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا ضمان القسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع بخلاف ما لا يحتمل القسمة فانه لا يستوجب به حق المطالبة بالقسمة ﴿ فان قيل ﴾ يستوجب به المهايأة ﴿ قلنا ﴾ المهايأة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقى العين فلم يكن ذلك ضمانا فى عين ما تبرع به * ولا يرد على هذا ما لو أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم ضمن قيمته للموهوب له لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقد التبرع وضمان المقاسمة هنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة فلا يمنع اضافة الضمان الى الهبة ألا ترى ان شراء القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك لان ذلك الملك حكم الشراء وبه فارق البيع فانه عقد ضمان فيجوز أن يتعلق به ضمان

المقاسمة ولان اصل القبض هناك لا يشترط لوقوع الملك فذلك ما يتممه وبه فارق الوصية فأصل القبض هناك ليس بشرط للملك فكذلك ما يتممه وكما يستحق هناك ضمان التسليم على المالك يستحق ضمان المقاسمة ايضاً والقرض تبرع من وجه ومن وجه هو عقد الضمان حتى كان المستقرض مضموناً بالمثل فلا يبعد أن يتعلق به ضمان المقاسمة وشرط القبض هناك ليس بمنصوص ليراعى وجوده على أكمل الجهات * ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لا يشترط فيه القسمة وذلك اعتبار صحيح فيما له سببان وحديث الكبة فانما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه المبالغة فى النهى عن الغلول اى لا أملك الا نصيبي فكيف أطيب لك هذه الكبة من الغنيمة ألا ترى أنه ليس لواحد من الغانمين أن يهب نصيبه قبل القسمة لانه لا يدري أين يقع نصيبه أو كان ذلك مما لا يحتمل القسمة فالكبة من الشعر اذا قسمت على جند عظيم لا يصيب كل واحد منهم ما ينتفع به وحديث المسجد فذكر الواقدى ان أبا بكر رضى الله عنه هو الذى اشترى موضع المسجد باثنى عشر ديناراً ولئن ثبتت الهبة فيحتمل أن أسعد رضى الله عنه وهب نصيبه ولم يسلم حتى وهب الرجلان نصيبهما ثم سلموا جملة. وعندنا هذا يجوز فان المؤثر الشيوع عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل وسلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل جاز. قال(ولو وهب أحد الشريكين نصيبه من شريكه مشاعا فيما يحتمل القسمة لا يجوز عندنا ايضاً) وقال ابن أبى ليلى يجوز لقوله تعالى فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح فهذا يقتضي أن الصداق اذا كان عينا يتنصف بالطلاق فان المرأة تندب الى أن تترك الكل للزوج والزوج يندب الى أن يسلم الكل اليها وذلك من كل واحد منهما هبة فى المشاع (وعن) أبى السباع مولى عطاء قال أقرضت ابن عمر رضى الله عنهما خمسمائة درهم فقضاني في كيس فوجدته يزيد على حقى ثمانين فقلت فى نفسى لعله جربنى بهذا فأتيته واخبرته بذلك فقال هو لك فهذا كان منه هبة للمشاع فى تلك الزيادة من الشريك ولان المانع استحقاق ضمان المقاسمة وذلك لا يجوز فى الهبة من الشريك. وحجتنا فى ذلك ما بينا أن اشتراط القسمة فى الهبة فيما يحتمل القسمة كاشتراط القبض وفى ذلك يستوى الهبة من الشريك ومن الاجنبي فكذلك في القسمة وهذا لان القبض في الهبة لا يتم فى الجزء الشائع فقبض الشريك لا يتم اعتبار ما لاقاه في الهبة وانما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكا

له وما يشترط لاتمام العقد فانما يعتبر ثانيا فيما تناوله العقد دون غيره فأما الاستدلال بالآية قلنا العفو حقيقته اسقاط وذلك في الدين دون العين ثم فى العين كل واحد منهما مندوب الى العفو عندنا ولكن بطريقة وذلك في أن يهب نصيبه من صاحبه بعد القسمة وليس فى الآية ما يمنع ذلك وهو تأويل حديث ابن عمر رضي الله عنهما فمن وجد ما يستوفى أكثر من حقه يميز له الفضل ويأتى به ليرده فيحتمل انه فعل ذلك فوهبه له ابن عمر رضى الله عنهما وعندنا هذا يجوز . قال (ولو وهب داراً لرجلين وسلمها اليهما فالهبة لا تجوز في قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز) لان العقد والتسليم لاقى مقسوماً فانه حصل فى الدار جملة فيجوز كما لو وهبها لرجل واحد وهذا لان تمكن الشيوع باعتبار تفرق المالك والملك هنا حكم الهبة وحكم الشئ يعقبه فالشيوع الذى ينبنى علي ملك يقع للموهوب لهما لا يكون مقترنا بالعقد ولا تأثير للشيوع الطارئ فى الهبة كما لو رجع الواهب بالنصف ولان المعنى استحقاق ضمان المقاسمة على المتبرع وذلك لا يوجد هنا فالعين تخرج من ملك المتبرع جملة وانما ضمان المقاسمة بين الموهوب لهما باعتبار تفرق ملكهما ولان تأثير الشيوع فى الرهن أكثر منه في الهبة حتي لا يجوز الرهن فى مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى وكذلك الاجارة عند أبى حنيفة رضى الله عنه لا تصح مع الشيوع * ثم اذا أجر داره من رجلين يجوز فكذلك الهبة وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول قبض كل واحد منهما لاقى جزأ شائعا وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة بحكم الهبة كما لو وهب النصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان تأثير الشيوع باعتبار أن القبض لا يتم معه وذلك موجود هنا فكل واحد منهما لا يقبض الا نصيبه ولا يتم قبضه مع الشيوع والدليل عليه أن المانع تمكن الشيوع فى الملك المستفاد بعقد الهبة حتى لو وهب من رجل النصف ثم النصف وسلم الكل جملة يجوز لانه لا شيوع في الملك المستفاد بالهبة * ولو وهب رجلان من واحد يجوز مع وجود الشيوع في الواهبين لانه لا شيوع في الملك المستفاد بالهبة وان وهب أحدهما نصيبه من زيد والآخر نصيبه من عمرو لا يجوز لتمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة فثبت أن المانع هذا وهو موجود في الهبة من رجلين . والدليل علي أن المعتبر جانب المتملك دون المملك حكم الشفعة فان رجلين لو اشتريا داراً من واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين بالشفعة لتفرق الملك

في جانب المتملك فظهر بهذا أن المعتبر جانب المتملك لا جانب المملك. ولا اعتماد عن انتفاء ضمان المقاسمة عن الواهب فان رجلين لو وهبا من رجلين على أن يكون نصيب احدهما لاحدهما بعينه ونصيب الآخر للآخر لا يجوز وليس على الواهبين ضمان المقاسمة وليس هذا كالرهن لان المانع هناك تمكن الشيوع في المحل فان موجب الرهن الحبس والحبس في الجزء الشائع لا يتأتى وفي الرهن من رجلين لا شيوع في الحبس لان الحبس ثبت لكل واحد منهما في الكل حتى لو قضى دين أحدهما لا يكون له ان يسترد شيئاً من الرهن مالم يقبض دين الآخر وهذا لانه لا مضايقة في الحبس فكما لا يجوز أن يكون الشخص الواحد كله محبوسا بدين زيد وكله محبوسا بدين عمرو فكذلك العين الواحدة وهنا موجب العقد الملك ولا يتأتى اثباته بكماله لكل واحد منهما فعرفنا ان كل واحد منهما يتملك جزأ شائعا وهذا بخلاف الاجارة فالمانع هناك تعذر استيفاء المنفعة التي تناولها العقد من الجزء الشائع وذلك لا يوجد في الاجارة من الرجلين أو المانع استحقاق عود المستأجر الى يد المؤجر في مدة الاجارة بحكم المهايأة وذلك لا يوجد وفي الاجارة من الرجلين ولهذا جازت اجارة أحد الشريكين من شريكه بخلاف الهبة ثم قال في الاصل وكذلك في الصدقة وهذا يدل على انه اذا تصدق بما يقسم على رجلين انه لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه كالهبة. وفي الجامع الصغير قال لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين يجوز قال الحاكم رحمه الله يحتمل أن يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة على الغنيين فيكون ذلك بمنزلة الهبة لان فعل الهبة من الفقير صدقة والصدقة على الغني تكون هبة. والاظهر أن في المسئلة روايتين. وجه رواية الاصل ما بينا ان تمام الصدقة بالقبض كالهبة وقبض كل واحد منهما يلاقي جزأ شائعا فلا يتم به الصدقة كما لا تتم به الهبة ووجه الرواية الاخرى أن المتصدق يجعل ماله لله تعالى خالصا ولا يملكه الفقير من جهة نفسه وانما يملكه الفقير ليكون كفايته له من الله تعالى بعد ما تمت الصدقة من جهته واذا تصدق على رجلين فلا شيوع في الصدقة لانه جعل جميع العين لله سبحانه وتعالى خالصا بخلاف الهبة ألا ترى ان الجهالة في المصروف اليه لا تمنع صحة الصدقة حتى اذا أوصى بثلث ماله صدقة على الفقراء يجوز بخلاف ما لو أوصي به لقوم لا يحصون من الاغنياء. وكذلك اذا أوصى بعين للفقراء أو لفلان ونصفه لفلان واعتبر للفقراء سهم واحد باعتبار ان الصدقة لله تعالى لا للفقراء. قال (وان وهب رجل دارا لرجلين لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها وقبضاها لم يجز في قول أبي

حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ويجوز عند محمد رحمه الله) وهذا على أصل أبي حنيفة لا يشكل فانه عند الاطلاق لا يجوزهذا الاطلاق فعند التفصيل أولى وانما الخلاف بينهما لو قال على أن يكون النصف لهذا والنصف لهذا يجوز عندهما ذكره ابن سماعة في نوادره فأبو يوسف رحمه الله يقول حالة التفصيل متى كانت لا تخالف حالة الاجمال فالتفصيل لغو ومتى كانت تخالف حالة الاجمال فلا بد من اعتبار التفصيل لان كلام العاقل معتبر لفائدته لا لعينه فاذا لم يكن مفيداً لا يعتبر واذا نصف بينهما فالتفصيل لا يخالف الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال أن يملك كل واحد منهما النصف فلا يعتبر تفصيله واذا تفاوت بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فيجب اعتباره فاذا اعتبر بتفرق العقد فكأنه أوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع على حدة وقاس الرهن فانه لو رهن من رجلين مطلقاً يجوز واذا فصل لا يجوز لان بالتفصيل يتفرق العقد الا ان هناك يستوى ان فصل أو سوى في التفصيل لمخالفة حالة التفصيل حالة الاجمال في الوجهين فان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت ومحمد رحمه الله يقول العقد والتسليم من الواهب جملة وان فصل وفصل يجوز اذا اطلق أو سوى في التفصيل . وهذا لوجهين (احدهما) أن الاطلاق في الهبة كالتفصيل حتى لو وهب لرجلين عيناً لا تحتمل القسمة فقبل أحدهما دون الاخر لا يجوز كما لو فرق العقد (والثانى) أن العقد متى كان جملة عند الاطلاق فبالتفصيل لا يتفرق في عقود التمليكات كما في البيع فان رجلا لو باع ثوبين من رجل بعشرين درهما فقبل المشترى العقد في احدهما لا يجوز ولو قبل فيهما ثم نقد الثمن في احدهما لا يكون له أن يقبض مانقد ثمنه وكذلك لو فصل وسمى لكل واحد منهما ثمنه . فعرفنا أن بالتفصيل لا يتفرق العقد فالشيوع باعتباره لا يفرق العقد وانما يكون طارئا بعد ملك الموهوب لهما وذلك غير مؤثر في المنع من الهبة فاما في الرهن فالمانع تمكن الشيوع في المحل فيما هو موجب العقد وهو الحبس وذلك يتحقق عند التفصيل وان كانت الصفقة واحدة ألا ترى أنه لو وهبه عينا بدينين نصفه بأحد الدينين ونصفه بالدين الآخر لا يجوز وقد بينا ان في الهبة عند اتحاد العقد لا يمنع صحته لتمكن الشيوع فيما هو موجب العقد وهو الملك المستفاد لكل واحد منهما. قال (ولو وهب أحد الشريكين نصيبه من الدار من أجنبي لم يجز) لان الايجاب والتسليم لاقى جزأ شائعاً وانما

أورد هذا الاشكال وهو ان ضمان المقاسمة هنالك لا يستحق على المتبرع انما يستحق على الشريك ولكن قد بينا أن هذا المعنى لا يتمشى في جميع الفصول كالهبة من الشريك ويجوز ذلك وان الحرف الذي يتمشى ان القبض لا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة . قال (وان وهب رجل لرجلين الف درهم لاحدهما ستمائة وللآخر اربعمائة فذلك لا يجوز عند ابى حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويجوز عند محمد رحمه الله) وهذا وما تقدم من هبة الدار اذا فصل ونصل سواء . قال (رجل وهب لرجل ديناراً له على رجل وامرأة يقبضه جاز ذلك استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الدين ليس بمال حتى ان من حلف لا مال له وله دين على انسان لا يحنث في يمينه والهبة عقد مشروع لتمليك المال فاذا اضيف الى ما ليس بمال لا يصح باعتبار مآله كما لو وهب مسلم خمراً من مسلم لا يصح باعتبار مآله وهو التحلل والدليل عليه أن بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لانه عقد مشروع لتمليك المال فالهبة مثله أو أولى لان الهبة لا تتم الا بالقبض وقبض ما في ذمة الغير لا يتصور ولا وجه لتصحيحه اذا قبضه لان تمام عقد الهبة بقبض ما أضيف اليه العقد الى الدين والمقبوض عين والعين غير الدين . ووجه الاستحسان انه أنابه في القبض مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب ولو قبضه بنفسه ثم وهبه وسلمه جاز وكذلك اذا أمر أن يقبضه له ثم لنفسه وهذا لان في باب الهبة المعتبر وقت القبض فان الملك عنده يثبت . دليل ما بينا من فصل الشيوع وعند القبض هو مال قابل للتمليك كسائر الاسباب فكذلك بالهبة والمقبوض وان كان غير الدين حقيقة جعل في الحكم كأنه هو بدليل جواز القبض في الصرف والسلم مع حرمة الاستبدال فيهما وليس البيع نظير الهبة فانه يوجب الملك بنفسه قبل القبض فكان المعتبر فيه وقت العقد فاذا لم يكن عين مال لم يجز بيعه مع ان الدين في الذمة يقبل التمليك بالعقد فانه لو باعه ممن عليه الدين بعوض جاز ولو وهبه منه جاز فعرفنا أنه مال قابل للتمليك حكماً ولهذا تجب الزكاة فيه قبل القبض والشرط في عقد التمليك ان يضاف الي محل قابل له وقد وجد ثم لزومه قبل القبض وعند القبض بحكم الهبة هو عين فيتم العقد . قال (رجل رهن عبده من رجل وسلمه اليه ثم وهبه لابنه الصغير لم يجز) لانه ليس في يده فاليد بعقد الرهن مستحقة عليه للمرتهن فلا يكون الاب قابضاً لولده ما ليس في يده ولانه يبطل به حق المرتهن وهو حق مستحق عليه فلا يملك ابطاله وكذلك لو غصب عبده غاصب فوهبه

لابنه لانه ليس فى يد المغصوب منه حقيقة ولا حكماً فانه مضمون على الغاصب وانما يضمن بتفويت يد المغصوب منه بخلاف الوديعة اذا وهبها من أبيه لان يد المودع فى الحكم كيد المودع فيمكن أن يجعل قابضاً لولده باليد التى هى قائمة مقام يده ﴿فان قيل﴾ فقد قلتم اذا وهب الوديعة من المودع جاز ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضاً لنفسه بحكم يده ﴿ قلنا ﴾ فى الحقيقة اليد للمودع فباعتبار هذه الحقيقة يجعله قابضاً لنفسه ثم انما قامت يده مقام يد المودع ما دام هو فى الحفظ عاملا للمودع وذلك قبل التمليك بالهبة فأما بعد ذلك فهو عامل لنفسه * ولو باعه بيعاً فاسداً وسلمه أو باعه بشرط الخيار للمشترى ثم وهبه لابنه الصغير لا يجوز لانه خرج من ملكه بتصرفاته فانما وهب ما لا يملك ولان اليد لغيره حقيقة وحكماً حين كان فى ضمان الغير . قال (ولا يجوز هبة المكاتب كما لا يجوز عتقه) لانه تبرع محض ولو اجازه المولى فكذلك لان اجازة المولى إنما يعمل فيما يملك المولى أنشاءه وهو لا يملك ذلك في كسب المكاتب . قال (رجل وهب لرجل ما على ظهر غنمه من الصوف أوما في ضروع غنمه من اللبن لم يجز ذلك) لان الصوف واللبن ما دام متصلا بالحيوان فهو ليس بمال مقصود بنفسه ولكنه وصف الحيوان وعقد التمليك مقصوداً لا يتم فيما ليس بمال مقصود فان أمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض ذلك استحسنت أن أجيزه وهذا لوجهين (احداهما) أن الصوف على ظهر الغنم واللبن فى الضرع محل للتمليك بدليل جواز الوصية به وجواز الصلح عليه عند أبى يوسف رحمه الله فى الصوف وتمام عقد الهبة بالقبض فاذا كان قبضه بعد الجزاز وهو مال متقوم في هذه الحال يتم فيه الهبة كما بينا فى الدين (والثانى) أن امتناع جواز الهبة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع امكان الفصل فيكون ذلك بمنزلة الشائع وقد بينا أنه لو وهب شيئا مشاعا ثم قسم وسلم مقسوما تمت الهبة فهذا مثله وكذلك ثمر الشجرة والزرع اذا حصده فهو على القياس والاستحسان الذى ذكرنا . قال (ولا يجوز هبة العبد المأذون) لانه منفك الحجر عنه فى التجارات دون التبرعات فان اجازه مولاه ولا دين عليه جاز لان كسبه خالص حقه يملك مباشرة الهبة فيه فينفذ باجازته ايضا وان كان عليه دين لم يجز ذلك وان اجازه المولى والغرماء لان حق الغرماء فى دينهم لا يسقط باجازة الهبة فلا معتبر باجازتهم والمولى لا يملك مباشرة الهبة بنفسه فلا تعمل اجازته ايضاً قال (ولو وهب له ما يثمر النخيل العام لم يجز) لانه معدوم فى الحال والمعدوم ليس بشىء

بنفوذ العتق وفى الهبة لو استثنى مافى البطن قصدا لم تبطل الهبة فكذلك اذا صار مستثنى حكما وذكر في كتاب العتاق انه لو دبر ما فى بطن جاريته ثم وهب الجارية لم يجز . وقيل فى الفصلين روايتان. فى احدى الروايتين لا يجوز فيهما لان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فهو كما لو وهب داراً فيها متاع الواهب. وفى الرواية الاخرى يجوز فيهما لانه لو استثنى الولد قصداً لم تبطل به الهبة فى الام فكذلك اذا صار مستثنى حكماً والأصح هو الفرق بينهما فان التدبير لا يزيل ملك المدبر . والموهوب متصل بما ليس بموهوب فى ملك الواهب فكان ذلك فى معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فأما العتق فانه يزيل ملك المعتق فاذا وهب الأم بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب فى ملك الواهب فهو كما لو وهب أرضاً فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له تمت الهبة فكذلك هنا. قال (ولا يجوز للأب ان يهب من ماله ابنه الصغير شيئاً) لانه صار نائباً عن الصغير فى التصرف فى ماله لتوفير المنفعة عليه وذلك بالتبرع لا يحصل فهو كسائر الاجانب كما لو طلق امرأته. قال (عبد مأذون عليه دين كثير وهبه مولاه لرجل لم تجز هبته والدين فى رقبته يباع فيه الا أن يؤدى عند مولاه الذى فى يده) ومعنى قوله لم يجز ان الهبة لا تتم وللغرماء أن يبطلوا هبته لان المولى مالك لرقبته ولكن حق الغرماء سابق على حقه فى ماليته وفى اتمام الهبة ابطال هذا الحق عليهم ولكن ليس في أصل التمليك إبطال حقهم فيصير مملوكا للموهوب له مشغولا عن الغرماء على الوجه الذى كان فى ملك الواهب لانه اقامه مقام نفسه فى ملك الرقبة وله هذه الولاية فيما هو خالص حقه ولهذا لو قضي الموهوب له دينه كان سالما له لان تمكن الغرماء من إبطال ملكه لقيام دينهم وقد وصل الى الغريم حقه قال (فان ذهب الموهوب له بالعبد ولم يقدر عليه فللغرماء أن يأخذوا الواهب بقيمته يوم وهب) لانه هو الذى اتلف حقهم بالتمليك من الموهوب له والتسليم فيصير ضامناً قيمته لهم كما لو اعتقه. قال (ولو وهب له ما فى بطن أمته وسلطه على قبضه بعد الوضع فقبضه لم يجز) وقد بينا الفرق بين هذا وبين هبة الدين والصوف على ظهر الغنم* وفى الكتاب قال من قبل انه وهب له ما لم يكن بعد فانه وهب له الولد وقبل الانفصال لا يكون ولدا ألا ترى انه لو وهب له دهن سمسم قبل أن يعتصر وسلطه على قبضه اذا عصر أووهب الزيت فى الزيتون والدقيق فى الحنطة قبل الطحن والسمن فى اللبن قبل ان يتمخض فهذا كله باطل لانه هبة

واضافة عقد التمليك الى غير محله لغو ﴿ فان قيل ﴾ لا كذلك فالوصية بما يثمر نخيله العام صحيح ﴿ قلنا ﴾ الوصية ليست بعقد تمليك مال وانما شرعت للخلافة عن الموصى ثم الملك من ثمراته ولهذا لا يتوقف ثبوت الملك فيه على القبض وهنا انعقد عقد التمليك فلا بد من اضافته الى ما هو مملوك ليعتبروا الملك لا يسبق الوجود وبه فارق ما سبق من الصوف واللبن فانه موجود مملوك وان كان متصلا بالحيوان فانما يمتنع جواز بيعه لتمكن المنازعة بينهما عند التسليم وذلك لا يوجد فى الهبة * ثم الجزاز والحلب والقبض فى اللبن فى وسعه فيمكن أن يجعل فيه نائباً عن الواهب ثم قابضا لنفسه بعد ذلك فأما الايجاب فى الثمار ليس اليه . قال (وكذلك لو وهب له ما فى بطن جاريته وهى حبلى أو ما فى بطن غنمه فهو باطل) من اصحابنا رحمهم الله من يقول ان أمره بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغى ان يجوز استحسانا كما فى الصوف واللبن والاصح أنه لا يجوز لان ما فى البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة ولان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل فى ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز فى الصوف والحلب فى اللبن . ومعنى هذا الفرق ان فيما ليس فى وسعه لو جاز العقد باعتباره كان تعليقا للهبة بالخطر وذلك غير جائز وما فى وسعه يكون تأخيرا للملك الى قبضه لا تعليقا للهبة بالخطر وذلك جائز . قال (ولو اعتق ما فى بطن جاريته ثم وهبها لرجل وسلمها اليه جازت الهبة فى الام فان باعها لم يجز بيعه) لانه لو باع جاريته واستثنى ما فى بطنها لم يجز البيع ولو وهبها واستثنى ما فى بطنها جازت الهبة فى الأم والولد والاستثناء باطل * أما مسئلة استثناء ما فى البطن تنقسم الى ثلاثة أقسام (قسم منها) لا يجوز أصل التصرف وهو البيع والاجارة والرهن لان موجب اضافة العقد الى الأم دخول الولد فيه واستثناء موجب العقد فى هذه العقود مبطل للعقد لانه شرط فاسد وما يتعلق بالجائز من الشرط فالشرط الفاسد يبطله (وقسم منها) يجوز التصرف ويبطل الشرط وهو النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة لان الشرط الفاسد لا يبطل هذه العقود بل العقد صحيح والشرط باطل والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أجاز العمرى وأبطل الرقبى (وقسم) يجوز التصرف والاستثناء جميعا وهو الوصية لان فى حكم الوصية ما فى البطن كانه شخص على حدة حتى يجوز افراده بالوصية فيجوز استثناؤه أيضا لانه غير مبنى على السراية بخلاف العتق * فاذا عرفنا هذا فنقول فى البيع لو استثنى ما فى البطن قصدا لم يجز البيع فكذلك اذا صار مستثنى حكما

المعدوم فان الدهن حادث بالعصير والدقيق بالطحن ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكا له وهذا لانه قبل الطحن فى الحنطة والدقيق غير الحنطة وكون الشيء الواحد مثنى في وقت واحد مستحيل فعرفنا أنه أضاف العقد الى المعدوم وكان لغواً .بخلاف الوصية فان هذا كله يجوز فى الوصية لانه خلافه وليس بايجاب للملك* ثم قال فى بعض النسخ وكذلك اللبن فى ضرع الشاة والصوف على ظهرها وهذا غلط فقد قيل هذا فى الصوف واللبن اذا أذن له فى الحلب والجز وقبض ذلك جاز استحسانا وبما بينا يظهر الفرق بينهما. قال(واذا وهب الرجل للرجل نصف عبد أوثلثه وسلمه جاز)لانه مما لا يقسم وقد بينا ان هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة صحيحة فاذا وهب جزأ مسمى وسلمه بالتخلية جاز وهذا لان الحاجة تمس الى ايجاب التبرع فيما لا يحتمل القسمة فلو لم يجز ذلك ضاق الامر على الناس لابطال هذا النوع من التصرف عليهم فيما لا يحتمل القسمة أصلا بخلاف ما يحتمل القسمة فانه يتأخر فيه التصرف الى القسمة ولا يبطل أصلا فلا يتحقق فيه الضرورة . قال (وان وهب عبده لرجلين أووهب رجلان لرجل أو وهب أحدهما نصيبه لشريكه أو لاجنبي وسلمه فهو جائز كله) لان الموهوب معلوم ولا أثر فى الشيوع فى المنع من الهبة في هذا المحل * وان قال أحد الشريكين لرجل قد وهبت لك نصيبي من هذا العبد فاقبضه ولم يسمه له ولم يعلمه اياه لم يجز لجهالة الموهوب وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة بينه وبين الشريك الآخر ولان المجهول لايجوز تمليكه بشيء من العقود قصداً قال (ولو وهب رجل لرجلين نصف عبدين أو نصف ثوبين مختلفين أونصف عشرة أثواب مختلفة عطى ومروى وهروى ونحو ذلك جاز) لان مثل هذه الثياب لا تقسم قسمة واحدة فكان واهباً لنصيبه من نصف كل ثوب وكل ثوب ليس بمحتمل للقسمة في نفسه وكذلك الدواب المختلفة على هذا فان كان ذلك من نوع واحد لم تجز هبته الا مقسوماً لان الثياب اذا كانت من نوع واحد تقسم قسمة واحدة والدواب كذلك فانما وهب النصف مشاعا فيما يحتمل القسمة وذلك لايجوز . قال (وان وهب نصيباً له فى حائط أو طريق أوحمام وسمى وسلطه فهو جائز) لانه غير محتمل للقسمة فانه اذا قسم لا يمكن الانتفاع به على الوجه الذي ينتفع به قبل القسمة وهذا هو صفة ما لا يحتمل القسمة. قال (ولو وهب نصف داره لرجل وسلمها اليه ثم وهب نصفها الآخر لرجل لم يجز شيء من ذلك)لان كل واحد من العقدين لوتم انما يتم فى مشاع يحتمل القسمة وان لم

يسلم النصف الاول حتى وهب النصف الثانى للثانى ثم سلم الدار اليهما جازت الهبة لهما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله بمنزلة مالو وهب الدار لهما جملة (وان وهب لرجل نصفها ثم قسمها ودفع النصف اليه جاز) لان المعتبر عند القبض ولا شيوع عند ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب العوض فى الهبة

قال (واذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضا وقبضه الواهب لم يكن للواهب ان يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في عوضه) والحاصل ان العوض في الهبة نوعان متعارف ومشروط فبدأ الباب ببيان ما هو متعارف من العوض غير مشروط والاصل أن المعوض بمنزلة الواهب حتى يشترط فى العوض ما يشترط فى ابتداء الهبة فلا يحصل الملك للواهب الا بالقبض بعد القسمة لان المعوض متبرع مختار فى هذا التمليك كالواهب وبعد وصول العوض الى الواهب لا رجوع له فى الهبة لقوله صلى الله عليه وسلم مالم يثب منها وحكم ما بعد الغاية بخلاف ما قبله ولان حق الرجوع له فى الهبة كان لخلل فى مقصوده وقد انعدم ذلك لوصول العوض اليه فهو كالمشتري يجد بالمبيع عيباً فيزول العيب قبل ان يرده ولا يرجع المعوض في عوضه أيضاً لان مقصوده بالتعويض اسقاط حق الواهب فى الرجوع وقد نال هذا المقصود ولانه مجازى فى التعويض وبقاء جزء الشيء ببقاء أصله فاذا كان الموهوب سالماً له فينبغى أن يكون الجزء سالماً لصاحبه أيضاً . قال (وان وهب عبداً لرجلين فعوضه أحدهما من حصته كان له أن يرجع فى حصة الآخر) لانه لم يصل اليه العوض عن حصة الآخر والجزء معتبر بالكل والرجوع فى النصف شائعاً صحيح بخلاف ابتداء الهبة لان الراجع ليس يتملك بالرجوع بل يعيده الى قديم ملكه والشيوع من ذلك لا يمنع وبالرجوع في النصف لا تبطل الهبة فيما بقى لانه شيوع طرأ بعد تمام الهبة فلا يكون مؤثراً فيه فان ما يتم القبض معتبر بأصل العقد وعود الموهوب الى يد الواهب لا يمنع بقاء الهبة فالشيوع كذلك فان عوضه أحدهما عن نفسه وعن صاحبه لم يكن للواهب أن يرجع فى شيء من العبد لانه في نصيب صاحبه أجنبي والتعويض من الاجنبي صحيح وان كان بغير أمر الموهوب له لانه تصرف فى المعوض فى ملكه وانما يسقط به حق الواهب في الرجوع ومثل هذا التصرف يصح من الاجنبي كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال

نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون فهذا مثله ولا يكون للمعوض أن يرجع فى شىء من العوض لان مقصوده قد حصل حتى سقط حق الواهب عن الرجوع فى الكل ولا يرجع على صاحبه أيضاً بشيء سواء عوضه بأمره أو بغير أمره وكذلك لو عوضه أجنبي عن الهبة شيئاً أما اذا كان بغير أمره فلا يشكل وان كان بأمره فالتعويض لم يكن مستحقا على الموهوب له فانما أمره بأن يتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يثبت له حق الرجوع عليه من غير ضمان ولانه مالك للتعويض بدون أمره فلا معتبر بأمره فيه وهذا بخلاف الدين فانه اذا كان أمر انسانا بقضاء دينه يرجع عليه بما أدى لان الدين كان معلوماً فى ذمته وهو كان مطالباً به فقد أمره أن يسقط عنه المطالبة بمال يستحق عليه وأمره أن يملكه ما في ذمته بعوض ولو أمره أن يملكه عينا بعوض رجع عليه بما أدّى فيه من ملك نفسه فهذا مثله وهنا لم يكن للواهب فى ذمة الموهوب له ملك فالمعوض غير مملوك منه ولا هو مسقط عنه مطالبة مستحقة لانه ما كان يستحق عليه العوض انما كان للواهب حق الرجوع فقط والموهوب له كان متمكنا من اسقاط حقه بدون التعويض بان يتصرف فيه فلهذا لا يرجع عليه المعوض بأمره اذا لم يضمن له ألا ترى أنه فيما هو فوق هذا لا يرجع بالامر بدون الشرط نحو ما اذا قال كفر يمينى من طعامك أو أد زكاة مالى بمالك فهذا أولى . قال (اذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضاً فقال هذا عوض من هبتك أو ثواب من هبتك أو بدلها أو مكانها فهذا كله عوض) لان الشرط فى التعويض أن يضيف الى الموهوب ليندفع به الضرر عن الواهب ويعلم الواهب أنه يعطيه جزاء صنعه واتماماً لمقصوده وقد حصل ذلك بهذه الالفاظ فانما ينبنى الحكم على ماهو المقصود فاذا حصل ذلك فالعبارات فيه سواء فان استحقت الهبة كان للمعوض أن يرجع فى عوضه لانه انما عوضه ليتم سلامة الموهوب له باسقاط حق الواهب في الرجوع وقد فات ذلك عليه باستحقاق الموهوب فيتمكن من الرجوع فى العوض أو لان المعوض كالواهب فاذا استحق الموهوب فلم يبق له بمقابلة هبته شىء فكان له أن يرجع بالهبة وان كان المعوض هالكا ضمنه قيمته وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله أنه لا يضمنه شيئاً لان المعوض واهب وقبض الهبة ليس بقبض ضمان ولانه تبين أنه بمنزلة الواهب ابتداء فيكون حقه في الرجوع مقصوراً على العين لحق الواهب ابتداء . وجه ظاهر الرواية أن المعوض انما رضي بالتعويض ليتم له به سلامة الهبة فاذا استحق فقد

تمكن الخلل في رضاه فيجعل كما لو قبض الواهب بغير رضاه وهلك في يده فعليه ضمان القيمة ولان الواهب عاد له في هبـة المستحق ولولا ذلك ما عوضه وللمغرور أن يدفع الغرر عن نفسه بالرجوع على الغار بما لحقه من الخسران . يوضحه أن التعويض لايكون الا مضافاً الى الهبة والتمليك .مضافا الى بدل مستحق يكون فاسداً فتبين أن الواهب قبضه لنفسه بسبب فاسد وكان مستحق الرد عليه عند قيامه مضموناً بالقيمة بعد هلاكه وان استحق العوض كان للواهب أن يرجع في هبته اذا كانت قائمة بعينها لم تزدد خيراً لان التعويض بطل بالاستحقاق من الاصل فظهر الحكم الذى كان قبل التعويض . قال (وان استحق نصف الهبة كان للمعوض أن يرجع فى نصف العوض اعتباراً للجزء بالكل وان استحق نصف العوض فليس للواهب أن يرجع في شيء من الهبة الا ان يشاء أن يرد مابقى من العوض ويرجع فى الهبة فيكون له ذلك) وقال زفر اذا استحق نصف العوض فله أن يرجع فى نصف الهبة اعتباراً للجزء بالكل واعتباراً للعوض بالهبة فانه لو استحق نصف الهبة كان له أن يرجع فى نصف العوض فكذلك اذا استحق نصف العوض وهذا لان كل واحد منهما يصير مقابلا بالآخر فى حكم سلامته لصاحبه فهو كبيع العوض بالعوض اذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بنصف مايقابله . وجه قولنا ان المستحق يخرج من أن يكون عوضاً فيصير كأن لم يكن ولو كان عوضه في الابتداء نصف العبد لم يرجع فى شيء من الهبة فكذلك هنا وهذا لان مابقى يصلح أن يكون عوضاً عن الكل وانما تمكن الخلل في رضاء الواهب فكان تأثيره فى اثبات الخيار له فان شاء رد ما بقى ليدفع الضرر به عن نفسه وان شاء أمسك مابقى ولم يرجع بشيء ﴿فان قيل﴾ فى الابتداء يجعل تمليك النصف عوضا له عن جميع الهبة فأما فى الاستحقاق فهو قد يجعل تمليك الكل عوضا عن جميع الهبة فيكون ذلك تنصيصا منه على أن النصف عوض نصف الهبة فلا يجوز أن يجعل بالاستحقاق النصف عوضا عن الجميع ﴿ قلنا ﴾ هذا مستقيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض لتحقق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم فى حقه ولكن كل جزء من آخر العوض يكون عوضا عن جميع الهبة فلا يكون له أن يرجع في شيء من الهبة مع سلامة جزء العوض له *ثم الفرق بين استحقاق نصف العوض و نصف الهبة بهذا الحرف وهو أن المعوض ملك العوض الا جزأ فيعتبر حكم المقابلة فى حقه فاذا استحق نصف الهبة من يده رجع بنصف العوض فأما الواهب

فقد ملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء ثم تأثير العوض في اسقاط حقه في الرجوع والجزء من العوض في ذلك بمنزلة الكل اذا تم رضاه به * والحاصل ان للعوض شبهين شبه ابتداء الهبة من حيث ان العوض مختار فيه متبرع وشبه المبادلة له من حيث انه ملكه مضافا الى الهبة فتوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالمبادلات اذا استحق الكل رجع في الهبة ولشبهه بابتداء الهبة اذا استحق النصف لا يرجع في شيء من الهبة الا أن يرد ما بقي. قال (وسواء كان العوض شيئاً قليلا أو كثيراً من جنس الهبة أو من غير جنسها) لان هذه ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا وانما تأثير العوض في قطع الحق وفي الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق في ذلك بين القليل والكثير اذا بينه للواهب ورضي الواهب به. قال (فان كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضاً وكان للواهب أن يرجع في الهبة وكذلك ان كانت الهبة داراً والعوض بيت منها) وعن زفر أن هذا يكون عوضاً لان ملك الموهوب له قد تم في الموهوب بالقبض والتحق المقبوض بسائر أمواله فكما يصلح سائر أمواله عوضاً عن الهبة قل ذلك أو كثر فكذلك هذا. وجه قولنا ان مقصود الواهب بهذا لا يحصل لانا نعلم يقيناً انه يهبه ألف درهم منه ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لنفسه لان ذلك كان ماله وسقوط حقه في الرجوع باعتبار حصول مقصوده بالهبة ولانه انما يجوز أن يجعل عوضا بالتراضي في الانتهاء ما يجوز ان يجعل عوضا شرطا في الابتداء فكذلك لا يستقيم أن يجعل عوضا في الانتهاء بخلاف مال آخر من ملك الموهوب له. قال (ولو ان نصرانيا وهب للمسلم هبة فعوضه المسلم منها خمراً أو خنزيراً لم يكن ذلك عوضا) لما بينا أن هذا لا يصلح عوضا شرطا في الابتداء ولان العوض تمليك ابتداء وتمليك المسلم الخمر أو الخنزير من النصراني بالعقد باطل واذا بطل التعويض كان للنصراني ان يرجع في هبته. قال (عبد مأذون له في التجارة وهب لرجل هبة فعوضه من هبته كان لكل واحد منهما ان يرجع في الذي له) لان الهبة من العبد باطلة فانه غير منفك عنه الحجر بالتبرع وبالتعويض الهبة الباطلة لا تنقلب صحيحة وانما تأثير العوض في اسقاط حق الرجوع في هبة صحيحة واذا رجع العبد في الهبة لبطلانها فللمعوض أن يرجع في العوض لانه عوضه ليسلم له الهبة ولم يسلم. قال (وكذلك والد الصغير اذا وهب من مال ابنه شيئاً لرجل فعوضه الموهوب له) لان هذا تعويض عن هبة باطلة. قال (فان كان الواهب هو الرجل فعوضه الاب من مال الصغير لم يجز

العوض) لانه ملك مال الصغير بالتبرع ابتداء وليس للاب ذلك في مال الولد وقد بينا أن المعوض كالواهب ابتداء واذا لم يسلم العوض للواهب فله أن يرجع في هبته كما قبل التعويض . قال (واذا تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة أو نحله اواعمره فقال هذا عوض من هبتك فهو عوض لان المقصود قد حصل ولا معتبر لاختلاف العبارة بعد حصول المقصود فبأي لفظ ملكه العوض أوأعلمه انه عوض من هبته فهو عوض قال (رجل وهب لرجل عبداً على أن يعوضه عوضا يوماً أو اتفقا على ذلك ولم يقبض واحد منهما حتى امتنع أحدهما منه فله ذلك فان تقابضا جاز ذلك) بمنزلة البيع وليس لواحد منهما أن يرجع فيه وهذا مذهبنا فان الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء وقال زفر رحمه الله ابتداء وانتهاء بيع وفى أحد أقاويل الشافعي رضى الله عنه هو فاسد لان هذا شرط يخالف مقتضى العقد فيكون مبطلا للعقد . وبيانه أن عقد الهبة عقد تبرع واشتراط العوض فيه يخالف مقتضاه وزفر رحمه الله تعالى يقول هذا تمليك مال بمال شرطاً وكان بيعا فاسدا ابتداء كما لو عقد بلفظ البيع أو التمليك وهذا لان فى العقود يعتبر المقصود وعليه ينبنى الحكم . ألا ترى أنه لو قال اشتريت منك كراً من حنطة صفتها كذا بهذا الثوب وبين شرائط السلم يكون سلما وان لم يذكر لفظ السلم وانه لووهب ابنته من رجل كان نكاحاً . ولو وهب امرأته من نفسها كان طلاقا . ولو وهب عبده من نفسه كان عتقاً . ولووهب الدين ممن عليه كان ابراء فاللفظ واحد ثم اختلف العقد لاختلاف المقصود . والدليل عليه أنه لو قال وهبت منك منفعة هذه الدار شهراً بعشرة دراهم يكون اجارة يلزم بنفسه . وكذلك لو قال أعرتك والاعارة تمليك المنفعة بغير عوض فاذا شرط فيه البدل كان اجارة فكذلك الهبة تمليك الموهوب بغير عوض فاذا شرط العوض يكون بيعا والدليل عليه أن المكره على الهبة بشرط العوض لو باع كان مكرهاً وكذلك المكره على البيع والتسليم اذا وهب بشرط العوض ولو لم يكونا فى الحكم سواء لم يكن المكره على احدهما مكرها على الآخر . وحجتنا في ذلك أن هذا تمليك المال بلفظ يخالف ظاهره معناه فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه وانتهاؤه معتبراً بمعناه كالهبة في المرض فان ظاهره تمليك فى الحال بطريق التبرع ومعناه معنى الوصية فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه معتبر بمعناه حتي يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعانى فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب

اعتبار المعنى الا اذا تعذر الجمع للمنافاة ولا منافاة هنا فشرط العوض لا يكون أبلغ من حقيقة التعويض وبحقيقة التعويض لا ينتفي معنى الهبة فبشرط العوض أولى بخلاف النكاح والطلاق والعتاق فان هنالك بين اللفظ والمعنى منافاة وقد وجب اعتبار المعنى فيسقط اعتبار اللفظ لذلك ثم انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم وأوانه بعد تمام العقد فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لان العقد به ينعقد وعند التمام اعتبر المقصود وما تردد بين أصلين توفر حظه عليهما فالمكاتب لما كان بمنزلة الحر من وجه وبمنزلة المملوك من وجه اعتبر الشبهان * فأما لفظ الاعارة أو الهبة في المنفعة فقد حكى عن ابن طاهر الدباس قال كنا في تدبر جواب هذه المسئلة فوجدت رواية عن أبي حنيفة أنه لا يلزم قبل استيفاء المنفعة وبعد التسليم يقول هنالك يتعذر اعتبار الجانبين لان المنفعة لا تبقى وقتين فلا يمكن جعل العقد عليها تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء فجعلناه معاوضة ابتداء بخلاف العين على ماقررناه. وأما مسئلة الاكراه قلنا المكره مضار متعنت ومعنى الاضرار في حكم السبب لا في نفسه فلهذا استوفي في حقه البيع والهبة بشرط العوض ولهذا جعل الاكراه على الهبة اكراها على التسليم وبعد التسليم البيع والهبة بشرط العوض سواء *اذا ثبت هذا الاصل فنقول قبل التقابض العقد تبرع فان لكل واحد منهما أن يرجع عنه ولا يملك كل واحد منهما متاع صاحبه مالم يقبضه ولا يجوز في مشاع يحتمل القسمة وبعد التقابض هو بمنزلة البيع فليس لواحد منهما أن يرجع فيه ويجب للشفيع به الشفعة ولكل واحد منهما أن يرد مافي يده بعيب ان وجد فيه كما هو الحكم في البيع وان استحق مافي يد احدهما يرجع على صاحبه بما في يده ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا لانه مارضي بسقوط حقه عن متاعه الا بشرط سلامة العوض له فاذا لم يسلم رجع بمتاعه ان كان قائما وبماليته ان كان هالكا. وكذلك لو كان الاستحقاق بعد موت احدهما وهو معنى ماذكرنا من حديث أبي الدرداء رضى الله عنه فهو دين عليه في حياته وبعد موته . قال (رجل وهب لرجل ثوبا لغيره وسلمه اليه فأجاز رب الثوب جازت الهبة) لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء من حيث انه يتم رضا المالك بها. ثم العاقد في الهبة يكون معبرا لا يتعلق به حقوق العقد والمجيز يكون كالباشر لعقد الهبة فله أن يرجع فيما لا يعوضه الموهوب له أو يكون ذا رحم محرم منه * وان عوض الرجل الذى وهب له أو كان بينهما قرابة لم يمنع ذلك رب الثوب من الرجوع لان العاقد معتبر كالرسول فلا معتبر بحاله وانما

المعتبر حال المالك فاذا لم يكن بينهما قرابة عرفنا أن مقصوده العوض مالم ينل العوض كان له أن يرجع فيه . قال (رجل وهب لرجل خمسة دراهم وثوبا وقبض ذلك الموهوب له ثم عوضه الثوب أو الدراهم من جميع الهبة لم يكن ذلك عوضا لانها هبة واحدة) وقد بينا أن عقد الشيء في عقد واحد لايكون عوضاً ومعوضاً وقد علمنا ان هذا لم يكن مقصود الواهب فى الهبة . قال (وان كانا في عقدين مختلفين في مجلس أو مجلسين فعوضه احداهما على الأخرى فهذا عوض نأخذ فيه بالقياس) وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله انه لايكون عوضا لانا نعلم أن الواهب لم يقصد هذا فقد كان مملوكا له فالعقد الواحد والعقدان فى هذا المعنى سواء وجه ظاهر الرواية أن اختلاف العقد كاختلاف العين ويستقيم جعل احدهما عوضا عن الآخر شرطاً عند اختلاف العقد فكذلك مقصوداً وقد يقصد الواهب هذا بأن يهب شيئاً ثم يحتاج اليه فيندم فيستقبح الرجوع فيه فيهب منه شيئاً آخر على أن يعوضه الاول فيحصل منه مقصوده ويندفع عنه مذمة الرجوع فى الهبة . أرأيت لو كان الاول منهما صدقة والآخر هبة فعوضه الصدقة عن الهبة أما كان ذلك عوضا . وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالي لو وهب نصف داره من رجل وتصدق عليه بنصفها وسلم الكل لم يجز فى قول زفر لان اختلاف السبب كتفرق العقد والتسليم فكأنه وهب النصف وسلم ثم النصف وقال أبو يوسف رحمه الله التسليم حصل جملة واحدة بعقد هو تبرع كله فيجوز كما لو وهب الكل وهذا لان الفرق بين الصدقة والهبة فى مقصود العوض ففى الصدقة المقصود الثواب دون العوض وفي الهبة المقصود العوض فأما فى اخراج العين عن ملكه وتمليك القابض بطريق التبرع لافرق بينهما . قال (وان وهب له حنطة فطحن بعضها وعوض دقيق تلك الحنطة كان جائزاً) لان الدقيق حادث بالطحن وهو غير الحنطة ولهذا يكون مملوكا للغاصب فكان تعويضه دقيق هذه الحنطة ودقيق حنطة أخرى سواء ولان حقه فى الرجوع قد انقطع بالطحن فتعويضه اياه لايكون رجوعاً فأما قبل الطحن حق الواهب في الرجوع ثابت والرد مستحق على الموهوب له اذا رجع فيه الواهب فيقع فعله على الوجه المستحق وعلى هذا لو وهب له ثيابا فصبغ منها ثوبا بعصفر أو خاطه قميصا ثم عوضه أو كان وهب له سويقا فلت بعضه ثم عوضه لان حقه فى الرجوع قد انقطع بهذا الصنع والتحق هذا بسائر أموال الموهوب له فكما أنه لو عوضه مالا آخر كان ذلك عوضاً

فكذلك هذا المال. قال (واذا وهب للواهب شيئاً ولم يقل هذا عوض من هبتك فللواهب أن يرجع فى هبته) لانه لما لم يضف تمليكه الى هبته كان فعله هبة مبتدأة لا تعويضا فلكل واحد منهما أن يرجع فيه ولان سقوط حق الرجوع لحصول مقصود الواهب وانما يعلم ذلك اذا بين له أنه عوض ويرضى به فأما بدونه لا يحصل المقصود * وان قال قد كافيتك هذا من هبتك أو جازيتك أو أثبتك كان عوضا) لان المقصود يحصل بهذه الالفاظ والغرور يندفع. قال (وان عوض من نصف الهبة شيئاً كان له أن يرجع فيما بقى اعتباراً للبعض بالكل) وهذا لان التعويض مما يحتمل التحرى فى الموهوب فاذا أضاف العوض الي بعض الهبة اقتصر حكمه عليه بخلاف الطلاق والنكاح فانه لا يحتمل التحرى في المحل ويجوز أن يثبت حق الرجوع في النصف دون النصف ابتداء كما لو وهب منه النصف وتصدق عليه بالنصف فلأن يجوز ذلك بقاء أولى. قال (وليس للواهب أن يرجع فى هبته عند غير قاض الا أن يرد عليه الموهوب له فيجوز) لما بينا أن الرجوع فى الهبة مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله منهم من رأى ومنهم من أبى وفى أصله وهى فيكون الفصل بينهما فى القضاء والرضا لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع ملكه والملك مطلق له ذلك فلا بد من اعتبار قضاء القاضي بينهما. قال (ولو كانت الهبة عبدا فباعه الموهوب له أو أعتقه قبل ان يقضى به القاضى للواهب أجاز ماصنع الموهوب له فيه من ذلك) لان ملكه قائم مالم يقض القاضى عليه بالرجوع والملك في المحل منفذ للبيع فيه والعتق اذا صدر من أهله فى محله ينفذ ولا يجوز ذلك ان فعله بعد قضاء القاضى عليه بالرد قبل أن يرده لان بقضاء القاضى عاد العبد الى ملك الواهب وتصرف ذى اليد في ملك الغير لا يكون نافذا الا أن يجيز المالك. قال (وان مات فى يد الموهوب له قبل أن يقبضه الواهب بعد ما قضى القاضي له لم يكن للواهب ان يضمنه قيمته) لان أصل قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه واستدامة الشئ معتبر بأصله وكذلك منعه قبل قضاء القاضي منع بسبب ملكه فلا يكون موجبا للضمان عليه ولم يوجد بعد القضاء فى الموهوب سبب موجب للضمان عليه والضمان لا يجب بدون السبب الا أن يكون منعه بعد القضاء وقد طلب منه الواهب فهذا المنع يتقرر بسبب الضمان وهو قصر يد المالك عن ملكه بازالة تمكنه من أخذه وهو حد الغصب الموجب للضمان. قال (فان كانت الهبة هالكة او مستهلكة أو خارجة من ملك الموهوب له الى ولده الصغير أو

الى أجنبي بهبة أ وغيرها أوزادت عنده خيرا فلا رجوع فيها للواهب) وقد بينا هذه الموانع والفرق بين زيادة العين وزيادة السعر وبين الزيادة في البدن والنقصان في حكم الرجوع قال(وان كانت الهبة دارا أوأرضاً فبنى في طائفة منها أوغرس شجرا أوكانت جارية صغيرة فكبرت وازدادت خيرا أوكان غلاماً فصار رجلا فلا رجوع له في شيء من ذلك) وقال ابن أبي ليلى له أن يرجع في جميع ذلك لان حق الرجوع كان ثابتا في الاصل فيثبت في البيع فان ثبوت الحكم في البيع بثبوته في الاصل ولا يجوز أن يبطل الحكم الثابت في الاصل بسبب المنع ولكنا نقول حق الرجوع للواهب مقصور على الموهوب بعينه فلا يثبت فيما ليس بموهوب تبعا كان أو أصلا وهنا الحق في الاصل ضعيف وحق صاحب الزيادة في الزيادة قوى فاذا تعذر التمييز بينهما رجحنا أقوى الحقين وجعلنا الضعيف مرفوعا بالقوى والبناء في بعض الارض كالبناء في جميعها لان البناء في جانب من الارض يعد زيادة في جميع الارض ألا ترى أنه يزداد به مالية الكل وهذا اذا كان مابنى بحيث يعد زيادة فان كان لا يعد زيادة كالآريّ أويعد نقصانا كالتنور في الكاشانة فانه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عينه . قال (وان كانت الهبة دارا فهدم بناءها كان له أن يرجع في الارض) وكذلك في غير الدار اذا استهلك بعض الهبة ببيع أوغيره وبقي بعضها كان له أن يرجع في الباقي اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان مافعله من هدم البناء نقصان في الارض وليس بزيادة. قال (وان كانت الهبة ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر وخاطه لم يكن له أن يرجع فيه) لان مافعله زيادة وصف قائم في العين ولو قطعه ولم يخطه فله أن يرجع فيه لان القطع قبل الخياطة نقصان * ولم يذكر مالو صبغه أسود (والجواب) أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى له أن يرجع فيه لان السواد عنده نقصان . وعندهما ليس له أن يرجع وقد بينا المسئلة في كتاب الغصب . قال (واذا وهب دينا له عليه فقبله لم يكن له أن يرجع فيه) لانه سقط عنه فانه قابض للدين بذمته فيملك بالقبول ومن ملك دينا عليه سقط ذلك عنه والساقط يكون متلاشياً فلا يتحقق الرجوع فيه كما لو كان عيناً فهلك عنده . قال(فان قال الموهوب له مكانها لا أقبلها فالدين عليه بحاله) والحاصل ان هبة الدين ممن عليه الدين لاتتم الا بالقبول والابراء يتم من غير قبول ولكن للمديون حق الرد قبل موته ان شاء الله وعن زفر رحمه الله انه يسوي بينهما وقال تتم الهبة والابراء قبل القبول بناء على أصله انه

يعتبر ماهو المقصود والمقصود فى الوجهين الاسقاط دون التمليك لان مافى الذمة ليس بمحل للتمليك ولكنه مجرد مطالبة يحتمل الاسقاط ولكن عند زفر رحمه الله ان رده المديون صح رده في الوجهين جميعا وكان ابن شجاع رحمه الله يقول لا يعمل رده لان الاسقاط يتم بالمسقط. والمسقط يكون متلاشيا فلا يتصور فيه الرد وقاس ذلك بالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ولكنا نقول الدين مملوك للطالب في ذمة المديون فيكون قابلا للتمليك بملك العين ويجعل ذلك فى الحكم كانه ذلك الدين خصوصا فى السلم والصرف فاذا ثبت انه قابل للتمليك والهبة عقد تمليك فاذا ذكر لفظ الهبة وجب اعتبار معنى التمليك فيه والتمليك لا يتم بالمملك قبل قبول الآخر لان أحداً لا يملك ادخال الشيء فى ملك غيره قصداً من غير قبوله وهو محتمل للاسقاط أيضا لانه فى الحقيقة ليس الا مجرد حق المطالبة وابراء اسقاط اذا ذكر لفظ الابراء وكان تصرفه اسقاطا والاسقاط تصرف من المسقط فى خالص حقه فلهذا يتم بنفسه ولكنه يتضمن معنى التمليك من وجه لما بينا ان الدين مملوك فى ذمته فانما يسقط عنه اذا ملكه فلاعتبار هذا المعنى قلنا له أن يرده بخلاف الطلاق والعتاق فانه اسقاط محض لا يتضمن معنى التمليك حتى ان الابراء لو كان اسقاطاً محضا لم يرتد بالرد أيضاً وهو ابراء الكفيل فانه اسقاط محض لان الدين يبقى على الاصل على حاله فلا يرتد برد الكفيل والهبة من الكفيل تمليك منه حتى يرجع على المكفول عنه فلا يتم الا بقبوله فان كان الموهوب له غائبا ولم يعلم بالهبة حتى مات جازت الهبة وبرىء مما عليه وهذا استحسان فأما فى القياس لا يبرأ فأصله فى الموصى له اذا مات بعد موت الموصى قبل قبوله فى القياس تبطل الوصية لانه قبل القبول لم يملك وانما يخلفه وارثه في ملكه بعد موته . وفي الاستحسان جعل موته بمنزلة القبول فكذلك هنا فى الاستحسان يجعل موت الموهوب له بمنزلة قبوله قال (وان وهبه له وهو معه قائم فسكتا حتى افترقا جازت الهبة) وهذا استحسان أيضا فان سكوته عن الرد دليل على رضاه بالهبة منه عرفا ودليل الرضا كصريح الرضا ألا ترى ان السكوت من البكر جعل اجازة لعقد الولي استحسانا فهذا مثله ومن مشايخنا رحمهم الله من بنى الجواب فى هذا الفصل على الظاهر ويقول هبة الدين ممن عليه الدين بمنزلة الابراء يتم بنفسه من غير قبول وان كان له حق الرد فيها فالموت قبل الرد يبطل حقه فى الرد ويبقى تاما في نفسه وكذلك بالسكوت حتى افترقا ينعدم الرد فتبقى الهبة تامة ولكن الاول وهو الفرق بين الهبة والابراء من حيث المعنى أصح ويتضح ذلك

فى الفرق بين ابراء الكفيل وبين هبة الدين منه . قال (رجل وهب لرجل هبة وقبضها الموهوب له ثم وهبها الموهوب له لآخر وسلمها اليه ثم رجع فيها أوردها عليه الآخر فللواهب الاول ان يرجع فيها) أما اذا رجع فيها بقضاء القاضي فلان القاضي يفسخ بقضائه العقد الثاني فيعود الى الاول ملكه المستفاد بالهبة من الاول وقد كان حق الرجوع ثابتا له فى ذلك الملك وما سقط بزواله تعذر استيفاؤه لانعدام محله فاذا عاد المحل كما كان عادحقه فى الرجوع وان رده عليه بغير قضاء القاضي فكذلك عندنا وقال زفر رحمه الله ليس للاول ان يرجع لان هذا ملك حادث له ثابت بتراضيهما فهو بمنزلة ما لو وهبه له ابتداء أوتصدق به عليه أوأوصى به له أومات فورثه والدليل عليه انه لورده فى مرضه بغير قضاء ومات من ذلك المرض اعتبر من ثلثه . والدليل على الفرق بين القضاء والرضا الرد بالعيب فانه اذا كان بقضاء القاضي كان فسخا وان كان بغير قضاء فهو كالبيع المبتدا ولكنا نقول حق الواهب فى الرجوع مقصور على العين وفى مثله القضاء وغير القضاء سواء كالاخذ بالشفعة وهذا لانهما فعلا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي أن لو رفعا الامر اليه وانما يكون التراضي موجبا ملكا مبتدأ اذا تراضيا على سبب موجب للملك منه كالهبة والصدقة والوصية وهنا تراضيا على دفع السبب الاول وذلك لا يصح موجبا ملكا مبتدأ بخلاف الرد بالعيب فحق المشترى ليس فى عين الرد بل بالمطالبة في الجزء الثابت ولهذا لو تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهنا حق الواهب في فسخ العقد مقصور على العين . قال (واذا رجع فى مرض الموهوب له ففيه روايتان كلاهما في الكتاب) فى احدى الروايتين قال يعتبر من جميع ماله وذكر ابن سماعة فيه القياس والاستحسان فى القياس يعتبر من جميع ماله وفى الاستحسان يعتبر من الثلث لالانه تمليك ابتداء ولكن الراد فى مرضه باختياره يتم بالقصد الى ابطال حق الورثة كما تعلق حقهم به فلرد قصده جعل معتبراً من ثلثه . قال (رجل وهب عبداً لرجلين فله أن يرجع فى نصيب أحدهما وكذلك ان جعل نصيب أحدهما هبة ونصيب الآخر صدقة كان له أن يرجع في الهبة اعتبارا للجزء بالكل) وهذا فى العبد غير مشكل فان الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع ابتداء الهبة فكذلك الرجوع . وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها الجواب كذلك وهو دليلنا على زفر فان الرجوع بغير قضاء القاضي لو كان بمنزلة الهبة ابتداء لما صح في مشاع يحتمل القسمة وحيث صح عرفنا انه فسخ وأن العقد يبقى في النصف الآخر فيكون

ذلك شيوعاً طارئاً ولا أثر للشيوع الطارىء في الهبة. والدليل عليه أن بالرد بالتراضي يعود الملك الى الواهب قبل القبض وابتداء الهبة لا يوجب الملك الا بالقبض وهو الدليل على أن الشيوع لا يمنع منه لان تأثير الشيوع في المنع من اتمام القبض فلا يؤثر فيما لا يشترط فيه القبض قال (فان وهب لمكاتب رجل هبة ثم عتق المكاتب أو عجز فله أن يرجع في الهبة في قول أبي يوسف) وقال محمد فله أن يرجع فيها اذا عتق وليس له أن يرجع فيها اذا عجز فلا خلاف ان قبل العتق والعجز له أن يرجع فيها . وفيه نوع اشكال فالمكاتب فقير والهبة من الفقير صدقة ولا رجوع فيها. قال (ولكنا نقول المكاتب فقير ملكا ولكنه غني يداً وكسبا فالهبة منه لا تنفك عن قصد العوض إما بمنافعه أو كسبه كالهبة من العبد فله أن يرجع فيها اذا لم ينل العوض وكذلك بعد العتق لان حق الرجوع ثبت له في ملك المكاتب فقد تقرر ذلك بعتقه فأما اذا عجز فالاصل عند أبي يوسف ان عجز المكاتب يقرر ملك المولى في كسبه كما أن عتقه يقرر ملكه لان لكل واحد منهما حق الملك في الكسب وعند محمد عجز المكاتب ناقل للملك من كسبه الي مولاه بمنزلة موت الحر فكما أن موت الحر الموهوب له يقطع حق الواهب في الرجوع فكذلك عجز المكاتب والدليل على الفرق أن المكاتب اذا استبرأ جارية بحيضة ثم عتق فليس عليه فيها استبراء جديد ولو عجز كان علي المولى أن يستبرئها وسنقرر هذا الاصل في كتاب الاجارات إن شاء الله تعالى . قال(فان كان المكاتب أخ الواهب لم يرجع فيها في حال قيام الكتابة ولا بعد عتقه لان الحق للمكاتب والمانع من الرجوع وهو الاخوة بينهما قائم وبعد العجز كذلك عند محمد رحمه الله وعند أبي يوسف يرجع فيها بعد العجز لانه يقرر الملك للمولى والمولى أجنبي عنه وقد بينا أنه لو وهب لاخيه وهو عبد كان له أن يرجع فيها والمكاتب بعد العجز بمنزلة العبد وكان أبو يوسف يعتبر معنى قطيعة الرحم بسبب المنازعة في الرجوع فيقول قبل العجز خصومته في الرجوع مع المكاتب فيؤدي الى قطيعة الرحم وبعد العجز خصومته مع المولى وليس فيه قطيعة الرحم ولان هبته تنفك عن قصد العوض مادام الحق فيها لقريبه فاذا تقرر الحق لاجنبي لم ينفك عن قصد العوض. قال(رجل وهب لرجل أرضاً فبنى فيها الموهوب له ثم أراد الرجوع فيها وخاصمه الى القاضي فقال له القاضي ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له فعادت كما كانت فللواهب أن يرجع فيها لزوال المانع وهو البناء) وفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى عبداً علي انه بالخيار ثلاثة أيام فحم العبد في الايام

الثلاثة وخاصمه في الرد فأبطل القاضي حقه للحمى ثم أقلعت قبل مضى الايام الثلاثة ليس له أن يرده لان هنالك حقه في الخيار بعرض السقوط حتى يسقط باسقاطه فكذلك يسقط بقضاء القاضي وهنا حق الواهب في الرجوع ليس بعرض السقوط حتى لا يسقط باسقاطه فكذلك القاضي لا يسقط بقضائه حقه في الرجوع ولكن يكف عن القضاء بالرجوع لتعذر ذلك بسبب البناء فاذا زال ذلك فقد زال المانع وحقه قائم وكان له الرجوع فيها يوضحه أن السبب هنالك للفسخ عدم لزوم العقد فبقضائه يصير لازما لان صفة اللزوم تليق بالبيع وهنا السبب كون العقد تبرعا ويمكن الخلل في مقصوده وهو العوض وبقضائه لا يرتفع هذا السبب فكان له أن يرجع اذا زال المانع. قال (رجلان وهبا لرجل عبداً وقبضه ثم أراد أحدهما أن يرجع في حصته والآخر غائب فله ذلك) لان كل واحد منهما مباشر للتصرف في نصيب نفسه فيكون متمكنا من الرجوع فيه كما لو انفرد بهبة نصيبه. قال (واذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وقال الموهوب له أنا أخوك أو قال قد عوضتك أو قال انما تصدقت بها على وكذبه الواهب فالقول قول الواهب) لان السبب المثبت لحق الواهب في الرجوع ظاهر والموهوب له يدعى المانع فالقول فيه قول المنكر * ثم اذا قال تصدقت علي فالتمليك من جهة الواهب اتفاقهما والقول قول المملك في بيان سبب التمليك واذا قال عوضتك فهو يدعى تسليم شيء من ماله اليه وهو منكر واذا قال أنا أخوك فالاخوة لا تثبت بمجرد دعواه ولا يتبين به أنه لم يكن قصد الواهب العوض. قال (وان كانت الهبة خادما فقال وهبتها لى وهى صغيرة فكبرت عندى وازدادت خيرا وكذبه الواهب فالقول قول الواهب عندنا) وقال زفر القول قول الموهوب له لانه مالك لها في الحال وهو منكر حق الواهب في الزيادة الحادثة فيها فيكون القول قوله كما اذا كان الموهوب ارضاً وفيها بناء أو شجر وقال الواهب وهبتها لك وقال الموهوب له لم يكن فيها بناء ولا شجر حين وهبتها فالقول قول الموهوب له. ولكنا نقول الموهوب له يدعى تاريخا سابقا في الهبة والهبة حادثة فمن يدعى فيها تاريخا سابقا لا يقبل قوله الا بحجة ثم ليس فيها زيادة من غيرها وحق الواهب ثابت في عينها باتفاقهما فكان الموهوب له يدعى انتفاء حقه من الزيادة المتولدة من العين مثل السمن والكبر بخلاف البناء والشجر فانه غير متولد من الارض ولكنه ملك مبتدأ للموهوب له في الحال وهو ينكر تملكه من جهة الواهب وثبوت حقه فيه يوضح الفرق أن البناء من وجه أصل حتى يجوز افراده بالبيع

فالظاهر فيه شاهد للموهوب له دون الواهب والسمن والكبر وصف وهو بيع محض وثبوت الحق فى البيع بثبوته فى الاصل فكان الظاهر شاهدا للواهب * وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله لو وهب له عبداً فعلمه الموهوب له الكتابة أو الخبز فليس للواهب أن يرجع فيه عند أبي يوسف وقال زفر له أن يرجع لانه لا زيادة فى عين الموهوب فهو كزيادة القيمة بتغيير السعر وقال أبو يوسف رحمه الله تعلم الكتابة والخبز معنى فى العبد تزداد به ماليته فهو بمنزلة السمن بخلاف زيادة السعر فان ذلك ينبنى على كثرة الرغائب فيه الا أن يكون معنى فى العين. والدليل عليه ان صفة الكتابة والخبز يصير مستحقا للمشترى بالشرط ويثبت له الخيار عند فواته بمنزلة صفة السلامة عند اطلاق العقد فبه يتبين أنه وصف فى العين وكل شئ زاد فيه من غيره نحو الثوب يصبغه والسويق يلته والثوب يخيطه فالقول فيه قول الموهوب له بمنزلة البناء والغرس وأما ما كان من حيوان فالقول فيه قول الواهب بمنزلة الكبر فى الخادم. قال (واذا كانت الهبة جارية فولدت عند الموهوب له من زوج أو فجور فللواهب أن يرجع فيها دون الولد لان الولد ليس بموهوب وحق الرجوع مقصور على عين الموهوب والولادة فى الجارية نقصان وقد بينا أن النقصان لا يمنع الرجوع والزيادة المنفصلة ليست كالزيادة المتصلة لان الاصل هناك لا تميز عن الزيادة ليرجع فيها وهنا الزيادة منفصلة عن الاصل فله أن يرجع فيه وهذا بخلاف البيع فان بعد الزيادة المنفصلة هناك لو رد الاصل ردها بجميع الثمن فيسلم له الولد مجانا بحكم عقد المعاوضة وذلك في المعاوضات ربا وفى الهبة يسلم له الولد مجانا وهذا غير ممتنع في التبرعات وقد كان الاصل سالماً له مجانا. قال (واذا أراد الواهب الرجوع وهى حبلى فان كانت قد ازدادت خيراً فليس له ان يرجع فيها وان كانت قد ازدادت شرا فله أن يرجع فيها) والجواري في هذا تختلف فمنهن من اذا حبلت سمنت وحسن لونها فكان ذلك زيادة في عينها فيمنع الرجوع ومنهن من اذا حبلت اصفر لونها ودق ساقها فيكون ذلك نقصانا فيها فلا يمنع حق الواهب من الرجوع قال (واذا وهب جاريتين فولدت احداهما فعوضه الولد عنهما لم يكن له ان يرجع فى واحدة منهما) لانه لا حق للواهب في الولد فهو كسائر املاك الموهوب له فى صلاحية العوض فاذا عوضه عنهما ورضى به الواهب فقد تم مقصوده. قال (وان وهب له حديداً فضرب منه سيفا أو غزلا فنسجه أو وهب له دفاتر فكتب فيها لم يكن له أن يرجع فيها في شئ من ذلك أبداً) اما لتبدل العين أو للزيادة

الحادثة في العين أو في ماليته بفعله فان ذلك مانع من الرجوع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الرقبي

قال (رجل حضره الموت فقال داري هذه حبيس لم تكن حبيساً وكان ذلك ميراثا) لان قوله حبيس أي محبوس فعيل بمعنى مفعول كالقتيل بمعنى المقتول ومعناه محبوس عن سهام الورثة وسهام الورثة في ماله بعد موته حكم ثابت بالنص فلا يتمكن من ابطاله بقوله وهو معنى قول شريح لاحبيس عن فرائض الله تعالى وجاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس. وكذلك ان قال داري هذه حبيس على عقبي بعد موتي فهو باطل لان معناه محبوس على ملكهم لا يتصرفون فيه بالازالة كما يفعله المالك وهو مخالف لحكم الشرع فكان باطلا. قال (ولو قال داري هذه لك رقبي فهو باطل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله هي هبة صحيحة اذا قبضها وكذلك لو قال لك حبيس) فأبو يوسف استدل بحديث ابن الزبير عن جابر رضى الله عنهما أن النبي صلي الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبي والمعنى فيه أن قوله داري لك تمليك صحيح وقوله حبيس أو رقبي باطل فكانه لم يذكر ذلك يوضحه ان معنى قوله داري لك رقبي لك داري هذه فأرقب موتك لتعود اليّ فيكون بمنزلة العمرى في معنى الانتظار والتعليق بالعود اليه دون التمليك فيبقى التمليك في الحال صحيحا. وحجتهما في ذلك حديث الشعبي عن شريح رحمهما الله أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقبي والحديثان صحيحان فلابد من التوفيق بينهما. فنقول الرقبي قد تكون من الارقاب وقد تكون من الترقب حيث قال أجاز الرقبي يعنى اذا كان من الارقاب بان يقول رقبة داري لك وحيث قال رد الرقبي اذا كان من الترقب وهو أن يقول أراقب موتك فراقب موتي فان مت فهي لك وان مت فهي لي فيكون هذا تعليق التملك بالخطر وهو موت المملك قبله وذلك باطل ثم لما احتمل المعنيان جميعا والملك لذى اليد فيها يقينا فلا يزيله بالشك وانما يكون قوله داري لك تمليكا اذا لم يفسر هذه الاضافة بشيء أما اذا فسرها بقوله رقبي أو حبيس يتبين أنه ليس بتمليك كما لو قال داري لك سكنى تكون عارية وهذا لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير. قال (رجل قال لرجلين عبدي هذا لأطولكما حياة أو حبيس على أطولكما حياة فهذا باطل) لانه لا يراد بهذا اللفظ طول الحياة فيما مضى حتى لو كان احدهما شابا والآخر

شيخاً لا يتعين الشيخ بالتمليك منه بهذا اللفظ ولكن المراد طول الحياة فى المستقبل معناه للذى يبقى منكما بعد موت الآخر فهو تعليق التمليك بالخطر وهو معنى الرقبي من حيث انه يأمر كل واحد منهما أن يراقب موت صاحبه لتكون الدار له وذلك باطل والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الشهادة فى الهبة

قال (واذا شهد شاهدان على الهبة ومعاينة القبض جازت الهبة) لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة والهبة مع القبض سبب ملك تام وان شهدا على اقرار الواهب بالقبض وهو يجحده لم تجز شهادتهما فى قول أبى حنيفة الاول ثم رجع فقال الشهادة جائزة وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله والصدقة والرهن على الخلاف أيضا. وجه قوله الاول ان تمام هذه العقود بقبض يوجد وهو فعل لاقول والاقرار يحتمل الصدق والكذب والمخبر به اذا كان كذبا فبالاخبار لايصير صدقا وما لم يكن موجوداً من القبض فباقراره لايصير موجوداً فظهر أن هذه الشهادة ليست بما هو سبب ملك تام. وجه قوله الآخر ان القبض فى هذه العقود لا يكون أقوى من القتل والغصب ثم فعل القتل والغصب كما يثبت بالشهادة على معاينته يثبت بالشهادة على الاقرار به وهذا لان الثابت من الاقرار بالبينة كالمسموع من المقر في مجلس الحكم. ولو أقر الخصم بأنه وهبه وسلمه اليه قضي بالملك له فكذلك اذا ثبت اقراره بالبينة. قال (وان كان العبد في يد الموهوب له فشهد على اقرار الواهب بالهبة والقبض جازت الشهادة كما لو سمع القاضي اقراره بذلك وكذلك ان كان العبد في يد الواهب فاقر عند القاضى أنه وهبه منه وسلمه اليه أخذ باقراره) لان كون العبد فى يده لا ينا فى ماأقر به من الهبة وقبض الموهوب والمقر يعامل فى حق نفسه كأن ماأقر به حق وفرق أبو حنيفة على القول الاول بين ما اذا أقر بنفسه وبين ما اذا شهد الشهود على اقراره لان الاقرار موجب بنفسه من غير قضاء والشهادة لاتوجب الا بقضاء القاضي والقاضي لا يقضى الا ان يشهدوا بسبب ملك تام. قال (واذا استودع الرجل رجلا وديعة ثم وهبها له ثم جحده فشهد بذلك عليه شاهدان ولم يشهدا بالقبض فهو جائز) لان العقد يثبت بالبينة وقبضه معلوم بالمعاينة فيتم به سبب الملك. قال(فان جحد الواهب أن تكون في يده يومئذ وقد شهد الشهود على الهبة ولم يشهدوا على معاينة القبض ولا على اقرار الواهب والهبة فى يد الموهوب له يوم

تخاصم الي القاضى فذلك جائز اذا كان الواهب حياً) لانه في الحال قابض وقد أثبت عقده بالبينة فيجعل قبضه صادراً عن ذلك العقد لان القبض حكم العقد أو متمم للعقد الذى هو سبب الملك والثابت من العقد بالبينة كالثابت معاينة فكما يجعل القبض هناك متمما للسبب فكذلك هنا ولكن هذا اذا كان الواهب حياً فان كان ميتا فشهادتهما باطلة لان الملك في الحال للوارث فلا يكون اثبات العقد على الواهب بعد موته سببا للملك ألا ترى انه مادام الواهب حياً اذا قبض الموهوب باذنه تم الهبة ويملكه بعد موته لا يملكه بالقبض وان كان قد أذن له فى ذلك الا أن يشهدا على أنها كانت فى يده فى حياة الواهب أو على اقرار الواهب بذلك فحينئذ يثبت الملك للموهوب له لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة . قال (رجل وهب لرجل عبداً وقبضه الموهوب له ثم جاء رجل وأقام البينة انه كان اشتراه من الواهب قبل الهبة والقبض أبطلت الهبة) لانه أثبت الشراء من المالك والشراء يوجب الملك بنفسه فتبين به أنه وهب وسلم مالا يملك . قال (فان شهدوا على الشراء ولم يذكروا انه كان قبل الهبة فهو للموهوب له) لانه فى يده والاستحقاق له ثابت باعتبار يده وليس فى هذه الهبة ما يوجب الاستحقاق عليه لان شراءه محتمل فانه لوكان قبل الهبة ثبت استحقاقه وان كان بعد الهبة لا يثبت وبالاحتمال لا يثبت الاستحقاق * وكذلك ان أرخ شهود الشراء شهرا أو سنة لان اليد للموهوب له معاين وهو دليل سبق عقده فان تمكنه من القبض دليل يدل على ذلك والتاريخ فى حق الآخر مشهود به وليس الخبر كالمعاينة . فان كان العبد فى يد الواهب فأقام الموهوب له البينة انه وهبه له وقبضه قبل الشراء وأقام المشترى البينة انه اشتراه قبل الهبة وقبضه فالعبد لصاحب الشراء لان سبب ملكه أقوى من حيث ان الشراء يوجب الملك بنفسه وانه عقد ضمان وانه يوجب الملك فى البدلين وعند المعاوضة يترجح أقوى السببين فان الضعيف مدفوع بالقوي ولا يظهر عند المقابلة بالقوى . قال (رجل وهب لرجل متاعا ثم قال انما كنت استودعتك فالقول قول صاحب المتاع مع اليمين) لان المستودع يدعي تملك العين عليه بسبب وهو منكر فعليه أن يثبت السبب بالبينة والقول قول المنكر مع اليمين فاذا حلف أخذ المتاع وان وجده هالكا فان كان قد هلك بعد ما ادعى المستودع الهبة فهو ضامن للقيمة لانه بدعوى التملك بالهبة يكون جاحدا للوديعة والمودع يضمن الوديعة بالجحود ولانه صار مفوتا لليد الحكمية التى كانت للمودع حين زعم انه قابض لنفسه متملك فكان ضامناً القيمة لهذا

﴿ فان قيل ﴾ هـذا أن لوثبت الايداع ﴿ قلنا ﴾ لا حاجة الى ذلك بقبض مال الغير لنفسه علي وجـه التملك موجب للضمان الا أن يثبت تمليك من صـاحبه اياه ولم يثبت ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الصدقة

قال(الصدقة بمنزلة الهبة فى المشاع وغير المشاع وحاجتها الى القبض)وقد بينا اختلاف ابن أبى ليلي فيها الا أنه لارجوع فى الصـدقة اذا تمت لان المقصود بها نيل الثواب وقد حصل وانما الرجوع عند تمكن الخلل فيماهو المقصود ويستوى ان تصدق علي غنى أوفقير فى انه لارجوع له فيها .ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول الصدقة على الغنى والهبة سواء انما يقصد به العوض دون الثواب ألا ترى ان فى حق الفقير جعل الهبة والصدقة سواء فى ان المقصود الثواب فكذلك فى حق الغنى الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود ثم له أن يرجع فى الهبة فكذلك فى الصدقة ولكنا نقول ذكره لفظ الصدقة يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال المتملك* ثم التصدق علي الغنى يكون قربة يستحق بها الثواب فقد يكون غنياً يملك نصابا وله عيال كثيرة والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب ألا ترى ان عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكاة بالتصدق عليه ولا رهن ولا رجوع فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لايثبت له حق الرجوع عليه. قال(رجل تصدق على رجل بصدقة وسلمها اليه ثم مات المتصدق عليه والمتصـدق وارثه فورثه تلك الصدقة فلا بأس عليه فيها) بلغنا في الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رجلا تصدق بصدقة ثم مات المتصدق عليه فورثه النبي صلي الله عليه وسلم من تلك الصدقة والحديث فيه ماروى ان طلحة رضي الله تعالى عنه تصدق على أمه بحديقة ثم ماتت قال صلي الله عليه وسلم ان الله تعالى قبل منك صدقتك وردعليك حديقتك وفي المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتحل الصدقة لغنى الا بخمسة وذكر من جملتها رجلا تصدق بصدقة ثم مات المتصدق عليه فورث تلك الصدقة. قال(رجل قال فى صحته جعلت غلة دارى هذه صدقة للمسا كين ثم مات أوقال دارى هذه صدقة في المسا كين ثم مات قال هى ميراث عنه) لانها صدقة لم تتصل بهذا القبض ولان هذا اللفظ منه بمنزلة النذر سواء التزم الصدقة بعينها أوبغلتها والمنذور لايزول

عن ملكه قبل تنفيذ الصدقة فيه وانما عليه الوفاء بنذره حقاً لله تعالي ولهذا يفتي به ولا يجبر عليه في الحكم ومثله لا يمنع الارث فلا يبقى بعد الموت وان كان حيا وتصدق بقيمتها أجزأه لان مالزمه من التصدق في عين مال بالتزامه معتبر بما أوجب الله تعالي عليه وهو الزكاة والواجب هنالك يتأدى بالقيمة كما يتأدى بالعين فهذا مثله لان المقصود في حق المتصدق عليه اغناؤه وسد خلته. قال (فان قال جميع ماأملك صدقة في المساكين فعليه أن يتصدق بجميع مايملك من الصامت وأموال السوائم وأموال الزكاة ولا يتصدق بالعقار والرقيق وغير ذلك استحسانا) وفي القياس عليه أن يتصدق بجميع ذلك وهو قول زفر رحمه الله وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله ان في قوله جميع ما أملك يتصدق بالكل قياساً واستحسانا وانما القياس والاستحسان في قوله مالي صدقة أو جميع مالي صدقة والاصح انهما سواء وجه القياس ان اسم الملك حقيقة لكل مملوك له واسم المال لكل مايتموله الانسان ومال الزكاة في ذلك وغير مال الزكاة سواء ألا ترى أن في الارث والوصية بالمال يستوي فيه ذلك كله وهذا لان اللفظ معمول به في حقيقته ما أمكن ولكنه استحسن فقال انما ذكر المال والملك عند ذكر الصدقة فيختص بمال الزكاة بدليل شرعي وهو ان مايوجبه علي نفسه معتبر بما أوجب الله سبحانه وتعالى عليه والله تعالي أوجب الحق في المال ولذلك يختص بمال الزكاة فكذلك ما يوجبه على نفسه بخلاف الوصية وهذا لان الصدقة شرعا انما تكون عن غنى قال صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى والغنى شرعا يختص بمال الزكاة حتى لا يكون مالك العقار والرقيق لغير التجارة غنياً شرعا فلهذا الدليل تركنا اعتبار حقيقة اللفظ وأوجبنا عليه التصدق بمال الزكاة وبخلاف الوصية والميراث فان ذلك خلافه والحاجة اليه في مال الزكاة وغير مال الزكاة سواء ثم يمسك من ذلك قوته فاذا أصاب شيئا بعد ذلك تصدق بما أمسك لان حاجته في هذا القدر مقدمة اذ لو لم يمسك احتاج أن يسأل الناس ولا يحسن أن يتصدق بماله ثم يسأل الناس من ساعته ولم يبين في الكتاب مقدار ما يمسك لان ذلك يختلف بقلة عياله وكثرة عياله. وقيل ان كان محترفا فانما يمسك قوت يوم وان كان صاحب غلة امسك قوت شهر وان كان صاحب ضياع أمسك قوت سنة لان يد الدهقان الى ما ينفق انما تتصل سنة فسنة ويد صاحب الغلة شهرا فشهرا ويد العامل يوما فيوماً قال (رجل وهب للمساكين هبة ودفعها اليهم لم يرجع فيها استحسانا وفي القياس يرجع) لانه ملكه بطريق الهبة وفي أسباب الملك الغني والفقير سواء

كالبيع وغيره . ووجه الاستحسان أن قصده بالهبة من الفقير الثواب دون العوض اذ لو كان قصده العوض لاختار للهبة من يكون أقدر على أداء العوض ولما اختار الفقير مع عجزه عن أداء العوض عرفنا ان مقصوده الثواب وقد نال ذلك . قال (وكذلك ان أعطى سائلا أو محتاجا على وجه الحاجة) فان العطية بمنزلة الهبة وانما قصده بفعله سد خلة المحتاج وذلك يفعل لابتغاء مرضاة الله تعالى ونيل ثوابه وهو معنى ما روي عن عمر رضي الله عنه من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة لم يكن له أن يرجع فيها . قال (رجل جعل في داره مسجداً يصلي فيه الناس ثم مات قال هو ميراث لورثته) لانه لم يميزه عن ملكه فيكون هذا بمعنى صدقة المشاع . ثم الاصل في المساجد المسجد الحرام وهذا ليس في معنى ذلك لان ذلك يدخله من شاء من كل جانب وهذا ملكه محيط بكل جانب منه فلا يتمكن أحد من الدخول فيه بغير اذنه . فان كان أخرجه من داره وعزله وجعله مسجدا وأظهره للناس ثم مات فهو مسجد لا يورث وقد بينا تمام هذا الفصل في كتاب الوقف . قال (وان بنى على منزله مسجداً وسكن أسفله أو جعله سردابا ثم مات فهو ميراث) وكذلك ان جعل أسفله مسجداً وفوقه مسكنا لان المسجد ما يحرز أصله عن ملك العباد وانتفاعهم به على قياس المسجد الحرام وذلك غير موجود فيما اتخذه حين استثنى العلو او السفل لمنفعة نفسه * وعن محمد قال ان جعل السفل مسجداً جاز وان جعل العلو مسجداً دون السفل لا يجوز لان المسجد ماله قرار وتأبيد وذلك في السفل دون العلو وعن الحسن بن زياد رحمه الله أنه اذا دخل العلو مسجداً والسفل مستغلا للمسجد فهذا يجوز استحسانا وعن أبي يوسف أن ذلك كله جائز رجع اليه حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل بأهلها فجوز أن يجعل العلو مسجداً دون السفل والسفل دون العلو وهو مستقيم على أصله وقد بينا أنه يوسع في الوقف فكذلك في المسجد . قال (رجل وهب لمسكين درهما وسماه هبة ونواه من زكاته أجزأه) لما بينا ان في حق المسكين لفظة الهبة كلفظة الصدقة ولانه لا معتبر باللفظ في أداء الزكاة انما المعتبر الاعطاء بنية الزكاة ألا ترى أنه لو أعطاه ولم يتكلم بشئ كان ذلك زكاة له فلا يتغير ذلك الحكم بذكر الهبة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب العطية

(واذا قال الرجل لغيره قد أعمرتك هذه الدار وسلمها اليه فهي هبة صحيحة) لحديث ابن

الزبير عن جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال امسكوا عليكم أموالكم لاتعمروها فمن أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته بعده . وروى سلمة عن جابر رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالعمرى للمعمر له ولعقبه بعده وقال عليه الصلاة والسلام من أعمر عمرى قطع قوله حقه يعنى قطع قوله وهبت لك عمرك حقه فى الرجوع بعد موته والمعنى فيه أنه ملكه فى الحال والوارث يخلفه فى ملكه بعد موته فشرط الرجوع اليه بعد الموت فاسد والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة . قال (وكذلك لو قال نحلتك هذا الثوب أو أعطيتك هذا الثوب عطية فهذه عبارات عن تمليك العين بطريق التبرع وذلك يكون هبة) وكذلك لو قال قد كسوتك هذا الثوب فان هذا اللفظ لتمليك العين بدليل قوله تعالى أو كسوتهم فالكفارة لاتتأدى الا بتمليك الثوب من المسكين ويقال في العرف كسا الامير فلانا أى ملكه * وان قال حملتك على هذه الدابة كانت عارية لان الحمل على الدابة إركاب وهو تصرف فى منافعها لا فى عينها فتكون عارية الا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر للتمليك يقال حمل الامير فلانا على فرسه أى ملكه فاذا نوى مايحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته . وكذلك لو قال قد أخدمتك هذه الجارية فهى عارية لان معناه مكنتك من ان تستخدمها وذلك تصرف فى منافعها لا فى عينها ان . وقال قد منحتك هذه الجارية أو هذه الارض فهى عارية لان المنحة بدل المنفعة بغير بدل قال صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة فيكون معنى كلامه جعلت لك منفعة هذه العين وهو نفس العارية . فان قال قد اطعمتك هذه الارض فانما أطعمه غلتها والرقبي لصاحبها لان عينها لا تطعم فمعناه أطعمتك مايحصل منها فيكون تمليكا لمنفعة الارض دون عينها وله أن يأخذها متى شاء يعنى اذا كانت فارغة فأما بعد الزراعة اذا أراد ان يستردها فان رضى المستعير بأن يقلع زرعها ويردها فله ذلك وان أبى تركت فى يده بأجرة مثلها الى وقت ادراك الغلة لانه محق فى زراعتهما غير متعد فلا بد من مراعاة حقه بخلاف الغاصب وانما يعتدل النظر من الجانبين بأن تترك فى يده بأجر الى ادراك الغلة وان قال قد أطعمتك هذا الطعام فاقبضه فقبضه فهذه هبة لان عين الطعام تطعم فاضافة لفظة الاطعام الى مايطعم عينه يكون تصرفا فى العين تمليكا بغير عوض وذلك يكون هبة . وكذلك لو قال جعلت هذه الدار لك فاقبضها لان معنى كلامه ملكتك هذه الدار ألا ترى ان فى التمليك ببدل لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك

فكذلك فى التمليك بغير بدل * فان قال دارى لك عمرى سكنى فهذه عارية لان قوله سكنى تفسير لقوله عمرى والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم للتفسير. وبيان هذا وهو ان قوله لك عمرى يحتمل تمليك عينها منه عمره ويحتمل تمليك منفعتها فكان قوله سكنى تفسيرا أى لك سكناها عمرك وكذلك قوله نحلى سكنى. وقوله هبة سكنى أوسكنى هبة أو سكني صدقة فهذا كله عارية لما بينا أن قوله سكنى تفسير للمحمل من كلامه ألا ترى أنه لو قال هى لك فاقبضها كانت هبة ولو قال هى لك سكنى كانت عارية وجعل قوله سكنى تفسيرا وكذلك اذا زاد لفظة العمرى والهبة والصدقة. وان قال هى لك هبة عارية أوهى عارية هبة فهى عارية قدم لفظة الهبة أوأخرها لانه محتمل لجواز أن يكون مراده هبة العين ويجوز أن يكون مراده هبة المنفعة وقوله عارية تفسير لذلك المبهم لانه فى نفسه محكم لا يتناول الا المنفعة فسواء قدمه أو أخره فالحكم له. وأن قال هى لك هبة اجارة كل شهر بدرهم أواجارة هبة فهى اجارة في الوجهين لان لفظة الاجارة في حق المحل محكم فانه لا يتناول الا المنفعة ولفظة الهبة تحتمل تناول العين تارة والمنفعة تارة أخرى فكان الحكم للفظ المحكم قدمه أوأخره وتمليك المنفعة ببدل معلوم الى مدة معلومة تكون اجارة. وان قال دارى هذه لك عمرى تسكنها وسلمها اليه فهى هبة لان قوله تسكنها ليس بتفسير لقوله عمرى فالفعل لا يصلح تفسيرا للاسم ولكنه مشورة أشار عليه فى ملكه فان شاء قبل مشورته وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان لمقصوده انه ملكه الدار عمره ليسكنها وهذا معلوم. وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله أوهذا الثوب لك تلبسه. قال (وان قال وهبت لك العبد حياتك وحياته وقبضه فهى هبة جائزة) لانه ملكه فى الحال بقوله وهبت لك وقوله حياتك وحياته فضل من الكلام غير محتاج اليه فكان لغوا أوفيه ايهام شرط الرجوع اليه بعد موته وقد بينا ان هذا الشرط باطل. وكذلك لو قال أعمرتك دارى هذه حياتك أواعطيتها حياتك أووهبت لك هذا العبد حياتك فاذا مت فهى لى واذا مت أنا فهى لورثتى فهذا كله تمليك صحيح فى الحال وشرط الرجوع اليه أوالى الورثة باطل. وكذلك لو قال هى هبة لك ولعقبك بعدك لانه ملك العين بأول كلامه وذكر العقب لغو واشتغال بما لا يفيد فهو يعلم ان عقبه من ورثته يخلفه فى ملكه وان قال اسكنتك دارى هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهذه عارية لانه صرح بلفظ الاسكان وهو تصرف فى المنفعة دون العين وقوله لعقبك بعدك عطف والعطف للاشتراك فمعناه

سكناها لعقبك من بعدك فهي هبة له وذكر العقب لغو لان قوله هي لك تمليك لعينها منه وبعد ماهلك عنها منه لا يبقى له ولاية ايجابها لغيره فكان قوله ولعقبك من بعدك لغو بخلاف الاول فان بعد ايجاب المنفعة له بطريق العارية يبقى له ولاية الايجاب لغيره فكان كلامه عارية في حقه وفي حق عقبه بعده وله أن يأخذها متى شاء. قال رجل وهب لرجل عبداً على أن يعتقه ويسلمه اليه فالهبة جائزة والشرط باطل لان شرط العتق عليه بعد تمام ملكه في الموهوب باطل ولكن الهبة لا تبطل بالشرط كما قلنا . قال رجل وهب لرجل عبداً مريضا به جرح فداواه الموهوب له فبرأ لم يكن للواهب أن يرجع فيه للزيادة الحاصلة في العين عند الموهوب له وكذلك لو كان أصم أو أعمى فسمع وأبصر لانه زوال للعين فزوال له يكون بوجود ذلك الجزء والزيادة في العين تمنع الرجوع كما لو كان مهر ولم يسم . قال مريض وهب عبده لرجل ولا مال له غيره فتبعه الموهوب له فاعتقه أو باعه ثم مات من مرضه أو فعل ذلك بعد موت المريض قبل أن يقضي القاضي فيه بشيء فعتقه وبيعه جائز لان تصرف المريض اذا كان على وجه يحتمل النقض بعد صحته فحكم بصحته في الحال لوجود العلة المطلقة للتصرف وهو الملك وكون المانع محتملا لان المانع مرض الموت وهو ما يتصل به الموت ولا يدرى أن مرضه هذا يتصل به الموت أم لا والموهوم لا يعارض المتحقق فحكم بنفوذ تصرفه لهذا وثبت الملك للموهوب له بالقبض وانما تصرف في ملكه بالبيع والعتق وكذلك ان كان تصرفه بعد موت المريض لان أكثر ما فيه أن الهبة فكت بموته في البعض أو في الكل وفساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بقاءه بطريق الاولى الا ان يقضي القاضي عليه بالرد لاستغراق تركة الميت بالعين فحينئذ يبطل ملكه بقضاء القاضي ولا ينفذ تصرفه بعد ذلك فأما قبل ذلك اذا نفذ تصرفه فهو ضامن قيمة العبد اذا كان على الميت دين مستغرق لتركته لان الهبة في المرض وصية فيتأخر عن الدين ولزمه رد العين لرد الوصية وقد تعذر رده باخراجه اياه من ملكه فكان ضامنا قيمته وان لم يكن عليه دين ولكن لا مال للميت سواه فقد بطلت الوصية في قدر الثلثين منه فيضمن ثلثي قيمته لورثة الميت وان كان الموهوب له معسرا وقد كان أعتق العبد فلا سبيل لغرماء الواهب ولا لورثته على العبد لان القيمة دين في ذمة الموهوب له لزمه باكتساب سببه وهو الاتلاف ودين الحر الصحيح في ذمته لا تعلق له بملكه وانما يجب على العبد السعاية بعد العتق في دين كان تعلق بماليته قبل العتق

فان كان الموهوب له أعتقه وهو مريض ثم مات ولا مال له غيره وعليه دين فعلى العبد السعاية في قيمته لان عتق الموهوب له اياه في مرضه وصية فيجب ردها للدين المستغرق عليه وقد تعذر رد الرقبة بالعتق فيجب عليه السعاية في قيمته وتكون تلك القيمة بين غرماء الموهوب له وغرماء الواهب يضرب فيه غرماء الموهوب له بديونهم وغرماء الواهب بقيمة العبد لا بديونهم لان تلك القيمة تركة الموهوب فيقسم بين غرمائه بحسب ديونهم عليه ودين غرماء الموهوب له كان عليه فأما دين غرماء الواهب أصله كان على الواهب وانما استوجبوا على الموهوب له مقدار قيمة العبد لاتلاف مالية الرقبة عليهم فلهذا ضربوا بقيمة العبد وتعلق حق الفريقين بمالية العبد لان باعتبار مرض الموت له فلهذا لا يقدم احداهما على الآخر. قال رجل وهب لرجل عبداً وسلمه فدبره فليس للواهب ان يرجع فيه لان بالتدبير يجب له حق العتق على وجه لا يمكن نقله من ملك الى ملك بعد ذلك فاعتبر ذلك بحقيقة العتق فى المنع من الرجوع وان كاتبه ثم عجز فرد رقيقاً فله ان يرجع فيه لانه عاد قنا كما كان وقد بينا ان بالكتابة لا يبطل حق الرجوع بل يتعذر لمعنى فى المحل فاذا زال ذلك صار كان لم يكن وان جنى العبد على الموهوب له فللواهب أن يرجع فيه والجناية باطلة لانه حين جنا كان مملوكا للموهوب له وجناية المملوك على مالكه فيما يوجب المال تكون هدرا وبالرجوع لا يتبين انه لم يكن مملوكا له حين جنى فالرجوع من وجه ينهى الملك المستفاد بالهبة ألا ترى انه لو وطئها الموهوب له ثم رجع فيها الواهب فلا عقر على الموهوب له بعد رجوع الواهب فيها وان كان الولد سلم للموهوب له بعد رجوع الواهب فيها فكذلك لا تعتبر جنايته عليه بعد رجوع الواهب وكذلك لو أبق العبد عند الموهوب له فرده راد فللواهب أن يرجع فيه لان الاباق عيب والنقصان لا يمنع الرجوع فى الهبة والجعل على الموهوب له لانه رد عليه ملكه وانما يستوجب الجعل باحياء الملك بالرد فاذا أحياء ملك الموهوب له كان الجعل عليه. قال رجل وهب لرجل شجرة بأصلها فقطعها فله ان يرجع فيها قال أبو عصمة هذا غلط الا أن يريد بقوله بأصلها بعروقها ويأذن له فى قطعها لان اتصال الموهوب بما ليس بموهوب فى ملك الواهب فى معنى الشيوع فلا تتم الهبة الا بعد القطع واذا تمت الهبة فيها وهى مقطوعة فله ان يرجع فيها فأما اذا كان المراد بقوله بأصلها بعروقها من الارض وذلك معلوم مميز فالهبة تمت فى الحال ثم القطع بعد ذلك يجعل الشجرة فى حكم شئ آخر لانها كانت نامية وقد

صارت حطبافليس له أن يرجع فيها ألا ترى انه قال لوقطعها فجعلها أبوابا أوجذوعا لم يكن له أن يرجع فيها اذا عمل فيها شيئا قل أوكثر لانها الآن ليست بشجرة كما وهبها له وله أن يرجع في موضعها من الارض ولكن ماذكره فى الكتاب أصح لان مجرد القطع في الشجرة نقصان وان كان يزيد فى ماليتها فهو باعتبار رغائب الناس فيه بمنزلة الذبح فى الشاة والنقصان في الموهوب لايمنعه من الرجوع بخلاف ما اذا جعلها أبوابا أوجزوعا فذلك زيادة صفة حادثة فى الموهوب بفعل الموهوب له فيمنعه من الرجوع فيها. قال ولو وهبها له بغير أصلها وأذن له في قبضها فقطعها وقبضها كان له أن يرجع فيها لان الهبة جازت وهى مقطوعة وفي الباب الأول جاز بالهبة وهى شجرة وهذا اشارة الى ماذكره أبو عصمة انه بعد القطع لايكون له أن يرجع فيها اذا تمت الهبة قبل القطع وانما يرجع فيها اذا كان تمام الهبة بعد القطع قال وان وهب له ثمرة فى نخل وأذن له في قبضها كان له أن يرجع فيها لما بينا ان تمام الهبة اذا كان معرض الفصل . قال رجل وهب لرجل عبد الجنى عبد الموهوب له جناية بلغت قيمته ففداه الموهوب له فللواهب أن يرجع فى هبته لان بالفداء يظهر عن الجناية وعاد كما كان قبل الجناية ولم يتمكن فى عينه زيادة فكان للواهب أن يرجع فيه ولا يرد على الموهوب له شيئا من الفداء لانه فدى ملكه باختياره وقد بينا أن بالرجوع ينتهى ملكه المستفاد بالهبة وان رجع قبل أن يفديه كانت الجناية فى عتق العبد يدفعه الواهب بها أويفديه لان المستحق بالجناية نفس العبد واستحقاق نفسه بالجناية نقصان فيه فلا يمنع الواهب من الرجوع ثم برجوعه بقضاء القاضي ينعدم ملك الموهوب له بغير اختياره فلا يصير هو مستهلكا ولا مختاراً ولكن الجناية تبقى فى رقبة العبد فيخاطب مالكه بالدفع أو الفداء ومالكه الواهب فى الحال فهو المخاطب بذلك كما لومات مولى العبد الجانى فورثه وارثه . قال ولو وهبه ثوبا فشقه نصفين فخاط نصفا قباء ونصفه الآخر علي حاله كان له أن يرجع فى النصف الباقى لان الشق نقصان في الثوب وخياطة القباء زيادة في النصف الذى حدثت الزيادة بفعله فيه تعذر الرجوع وقد بينا أن تعذر الرجوع فى النصف لايمنعه من الرجوع فى النصف الباقى وان قال وان وهب له شاة فذبحها كان له أن يرجع فيها لان الذبح نقصان فى العين فان عمله فى ازهاق الحياة قال وان ضحى بها أوذبحها فى هدى المتعة لم يكن له أن يرجع فيها فى قول أبى يوسف وقال محمد يرجع فيها وتجزئه الاضحية والمتعة للذابح ولم يذكر قول أبى حنيفة

وقيل قوله كقول أبي يوسف أما محمد يقول ملك الموهوب له لم يزل عن عينها والذبح نقصان فيها فلا يمنع الرجوع فيما بقي كالشاة للقصاب وهذا لان معنى القربة في نيته وفعله دون العين والموجود في العين قطع الحلقوم والاوداج سواء كان على نية اللحم أو نية القربة والذي حدث في العين أنه تعلق به حكم الشرع من حيث التصدق به وذلك لا يمنع الرجوع كرجوع الزكاة في المال الموهوب في يد الموهوب له بل أولى لان التصدق هنا ليس بمتحتم حتى يكون له أن يأكله ويطعم من شاء من الاغنياء بخلاف الزكاة وأبو يوسف يقول في التضحية جعلها الله تعالى خالصاً وقد تم ذلك فلا يرجع الواهب فيه بعد ذلك كما لو كان الموهوب له أرضاً فجعلها مسجداً وبيان قولنا أن في التقرب باراقة الدم وقد حصل ذلك ألا ترى انه لو سرق المذبوح أو هلك كان مجزئا عنه واباحة التناول منه بأذن من له الحق بقوله تعالى فكلوا منها ألا ترى انه يجوز له أن يتصرف فيها على غير الوجه المأذون فيه وهو بطريق التجارة ويمنع من ذلك ولو فعله كان ضامناً فعرفنا انه تم معنى التقرب به فيكون نظير هذا من الزكاة ما اذا أداه الى الفقير بنية الزكاة وليس للواهب أن يرجع فيه بعد ذلك وهذا الفعل في صورة ذبح شاة القصاب ولكن في المعنى والحكم غيره ولا تعتبر الصور ألا ترى ان الذبح يتحقق من المسلم والمجوسي والتضحية لا تتحقق الا ممن هو أهل فعرفنا انه في المعنى غير الذبح ثم عند محمد برجوع الواهب لا تبطل التضحية لان رجوعه في القائم دون ما يلاشى منه وقد بينا ان الرجوع ينهي ملك الموهوب له فانما انعدم ملكه بغير اختياره وهو في حق نظير ما لو هلك بعد الذبح • قال رجل وهب لرجل درهما فقبضه الموهوب له وجعله صدقة لله تعالى فللواهب أن يرجع فيه ما لم يقبضه المتصدق عليه لانه التزم فيه الصدقة بنذره فلا يكون ذلك أقوي من وجوب الصدقة عليه فيه بايجاب الله تعالى وهو الزكاة وذلك لا يمنعه من الرجوع وهذا لان قبض المتصدق عليه لا يتم معنى العبادة والتقرب فيه (وكذلك) لو وهب له ناقة فجعلها الموهوب له بدنة وقلدها فللواهب أن يرجع فيها قبل أن ينحرها الموهوب له وفرق أبو يوسف بين هذا والاول فقال بالتقليد ما تم جعلها لله تعالى ألا ترى أنه لو قلدها عن هدي واجب فهلكت قبل أن ينحرها كان عليه أخرى بخلاف ما بعد النحر وان وهب له أجزاعا فكسرها وجعلها حطبا فله أن يرجع فيها لان هذا نقصان في العين وان كان يزيد في المالية فذلك بزيادة رغائب الناس فيه لا لمعنى في العين فلهذا كان

له أن يرجع فيها (وكذلك) لو وهب له لبنها فجعله طينا فهذا نقصان فان أعاده لبنا لم يرجع فيها لان هذا اللبن حادث بفعله أو ضرب اللبن من الطين زيادة في عينه فاذا كان حادثا في يد الموهوب له منع ذلك الواهب من الرجوع وان وهب له نجيحا فجعله خلا لم يرجع فيه لان مالية الخل غير مالية النجيح وهذه مالية حدثت بصنعة حادثة في العين في يد الموهوب له وان وهب له سيفا فجعله سكينا أو سكينا لم يكن له أن يرجع فيه لان السكين غير السيف (وكذلك) ان كسره فجعل منه سيفا آخر لان هذا الثاني حادث بعامله ألا ترى أن الغاصب لو فعل ذلك كان ضامنا قيمة السيف المغصوب منه ويجعل ماضربه له قال وان وهب له داراً فبناها على غير ذلك البناء وترك بعضها على حالها لم يكن له أن يرجع في شيء منها لان مازاد في البناء في جانب منها يكون زيادة في جميعها كما في الارض اذا بني في ناحية منها قال وان وهب له حماما فجعله مسكنا أو وهب له شيئاً فجعله حماما فان كان البناء على حاله لم يزد فيه شيء فله أن يرجع فيه لان تصرفه في المنفعة دون العين والمانع من الرجوع زيادة في العين وان كان زاد عليه بناء أوغلق عليه بابا أو جصصه أوأصلحه أو جعله بصاروج أوطنية فليس له أن يرجع فيه لان هذا كله زيادة في عينها. قال مريض وهب لصحيح عبداً يساوي ألفا ولا مال له غيره فعوضه الصحيح منه عوضاً وقبضه المريض ثم مات والعوض عنده فان كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد أو أكثر فالهبة ماضية لان العوض المقبوض بمنزلة المشروط أو أقوى والثلث منه كان من خالص حقه والثلثان حق الورثة فاذا كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد عرفنا انه لم يبطل شيئاً من حق الورثة بتصرفه وانما تصرف فيما هو خالص حقه فكانت الهبة ماضية وان كانت قيمته قيمة العوض نصف قيمة الهبة يرجع ورثة الواهب في سدس الهبة لان حقهم في ثلثي العبد وقد وصل اليهم من العوض بقدر مالية نصف العبد فانما بقي لاتمام حقهم سدس العبد فلهذا يرجع الوارث بسدس الهبة وان كان العوض شرطا في أصل الهبة فانشا الموهوب له رد الهبة كلها وأخذ العوض وان شاء رد سدس الهبة وأمسك الباقي لانه مارضي بسقوط حقه عن عوضه الا بأن يسلم له جميع الموهوب ولم يسلم ولان التبعيض في الملك المجتمع عيب فاستحقاق جزء من العبد وان قل بتعيب مابقي منه وحق الرد بالعيب ثابت بعد التقابض اذا كان العوض مشروطا لان الهبة بشرط العوض تصير بيعا بالقياس فلهذا ثبت له الخيار

فى رد مابقى فاذا لم يكن العوض مشروطا فانه لايصير معاوضة بالتقابض في حكم الرد بالعيب فيرد سدس الهبة ولا يكون له أن يسترد العوض لان ملكه على سبيل الهبة وقد مات الموهوب له فلا رجوع له فيه بعد ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب هبة المريض

(قال ولا يجوز هبة المريض ولاصدقته الا مقبوضة فاذا قبضت جازت) وقال ابن أبى ليلى تجوز غير مقبوضة لأنها وصية بدليل انها تعتبر من الثلث فالوصية تتأكد بالموت قبضت أو لم تقبض ولا تبطل به فكذلك الهبة في المرض وهذا لان المرض سبب الموت وجعل ما يباشره المريض فى الحكم كالثابت بعد موته حتى لو طلق زوجته ثلاثا ورثته بمنزلة مالو وقعت الفرقة بينهما بالموت فهذا مثله ولكنا نقول المعنى الذى له ولأجله لاتتم الهبة والصدقة من الصحيح الا بالقبض موجود فى حق المريض وهو أنه تمليك بعقد تبرع فيكون ضعيفا فى نفسه لايفيد حكمه حتى ينضم اليه مايؤيده وهذا فى حق المريض أظهر لان تصرفه أضعف من تصرف الصحيح واعتباره من الثلث لايدل على أنه غير ثابت في الحال ككفالته فاعتاقه وهذا بخلاف الوصية فانها خلافة ثم الملك من ثمراتها والخلافة لا تكون الا بعد الموت وهذا عقد تمليك لايحتمل الاضافة فاذا لم يتفق قبل الموت تبطل بالموت كالبيع الموقوف اذا لم يتصل به الاجازة حتى مات أحدهما ولا يقول الطلاق يصير كالمضاف ولكن تقام العدة عند الموت مقام حقيقة النكاح أنها لحقها فى ماله بعد تعلقه ولهذا اعتبرنا هبته من الثلث هنا وان حق الوارث تعلق بثلثى ماله بمرضه فلأبقاء حقهم جعلنا هبته من الثلث. قال فان كانت الهبة داراً فقبضها ثم مات ولا مال له غيرها جازت الهبة فى ثلثها ورد الثلثين الى الورثة (وكذلك) سائر مايقسم وما لا يقسم الا فيما لاينقسم فلا اشكال وأما فيما يقسم فلأن الموهوب له ملك الكل بالقبض ثم بطل ملكه فى الثلثين بعد موته اذا لم تجز الورثة فكان هذا شيوعا طارياً فيما بقى بخلاف ما اذا استحق نصف الدار فانه يتبين انه لايملك المستحق بالقبض وقد بطل العقد فيه من الاصل فلو جاز في الباقى كان شائعاً فيما يحتمل القسمة وذلك يمنع ابتداء الملك بالهبة. قال فان كانت الهبة جارية فكاتبها الموهوب له ثم مات المريض ولا مال له غيرها فعلى الموهوب له ثلثا قيمتها للورثة ولا ترد الكتابة لان

الكتابة منه صحيحة لازمة لكونه مالكا لها حين كانت فما دامت باقية لاتحتمل النقل من ملك الى ملك ولان فى رد ثلثها على الورثة ابطال الحق الثابت لها فى نفسها وكسبها وذلك لايجوز وان تعذر رد عينها بسبب باشره الموهوب له كان ضامناً للورثة قيمة حصتهم منها كما لو كان أعتقها أودبرها فان قضى القاضي عليه بثلثى قيمتها ثم عجزت المكاتبة لم يكن للورثة عليها سبيل لان القاضي قضى بالقيمة والسبب الموجب للقضاء به وهو العجز عن رد العين يتحقق فانتقل حقهم الى القيمة ثم لايعود فى العين بعد ذلك بزوال العجز كالمغصوب اذا عاد من اباقه بعد ماقضى القاضي بقيمته على الغاصب واذا عجزت قبل القضاء أخذوا ثلثيها لان المانع زوال قبل انتقال حقهم من عينها الى محل آخر فهو كالمغصوب اذا عاد قبل قضاء القاضي بالقيمة (وكذلك) ان كاتبها بعد موت المريض (فالجواب) على ماتقدم مالم يقض القاضي بثلثيها للورثة لان ملك الموهوب له بان ببقاء قبضه واذا فسد السبب مالم يقض القاضي عليه بالرد فان قضي القاضي بذلك عاد الملك له فى ثلثيها الى الورثة بقضاء القاضي فان اعتقها الموهوب له بعد ذلك فهو بمنزلة عتق أحد الشريكين الجارية المشتركة وقد بينا ذلك فى كتاب العتق . قال مريض وهب لمريض عبداً وسلمه اليه فأعتقه وليس لواحد منهما مال غيره ثم مات الواهب ثم مات الموهوب له قال يسعى العبد فى ثلثى قيمته لورثة الواهب لان عتق الموهوب له في مرض موته بمنزلة الوصية فيتأخر عن الدين وثلثا قيمته دين لورثة الواهب على الموهوب له فانه أتلف عليهم حقهم فى ثلثى العبد بالاعتاق فعلى العبد أن يسعى في ذلك لهم وانما بقى مال الموهوب له ثلث رقبته فسلم له بطريق الوصية ثلث هذا الثلث ويسعى في ثلثى هذا الثلث لورثة الموهوب له وكان جميع ما عليه السعاية فى ثمانية أتساع قيمته وانما يسلم له التسع وان كان على الموهوب له دين ألف درهم وقيمة العبد الف درهم سعى العبد في قيمته يضرب فيها غيرها الموهوب له بدينهم وورثة الواهب بثلثى قيمة العبد لان دين الموهوب له محيط بتركته فعلى العبد السعاية في جميع القيمة لرد الوصية ثم هذه القيمة تركة الموهوب له فيضرب فيها غرماؤه بديونهم ودين ورثة الواهب عليه ثلثا قيمته ودين الغريم الآخر ألف فتقسم التركة بينهما بالحصة . قال مريض وهب لمريض عبداً وهو ثلث ماله وسلمه اليه ثم ان الموهوب له قتل الواهب فى مرضه فالهبة مردودة الى وارثه لان الهبة فى المرض فى حكم التنفيذ معتبر بالوصية ولهذا ينفذ من الثلث بعد الدين

ولا وصية للقاتل عند عدم اجازة الورثة فكذلك الهبة في المرض وهذا لان بطلان الوصية للقاتل لدفع المناضلة عن الورثة حتى لا يزاحمهم قاتل أبيهم في مال أبيهم وهذا المعنى موجود فيما وهبه في مرضه. قال رجل وهب لرجل عبداً في مرضه وقيمته ألف درهم وسلمه اليه ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل الواهب يقال للموهوب له ادفعه أو افده لان الموهوب له ملك العبد بالقبض فانما جنى على الواهب ملكه وفي جناية المملوك خطأ على غير المالك يخاطب المالك بالدفع أو الفداء كما لو جنى على انسان آخر ودليل تمام ملك الموهوب له أنها لو كانت جارية حل له وطؤها بعد الاستبراء فان اختار الفداء فداؤه بعشرة آلاف لان الفداء بارش الجناية وهو دية النفس ثم بدل نفس الواهب بمنزلة مال خلفه حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فتبين أن ماله عند موته احدى عشر ألفا وأن العبد خارج من ثلثه وزيادة فكانت الهبة صحيحة في جميعه وان اختار الدفع دفعه ولا شيء عليه لان المولى يتخلص عن عهدة الجناية بدفع الجاني ولم يبين كيفية الدفع هنا وانما بين ذلك في كتاب الدور فقال يدفع نصفه اليهم على وجه رد الهبة ونصفه على وجه الدفع للجناية لان الهبة تجوز في نصف العبد وكان ينبغي أن يكون جواز الهبة في ثلث العبد لانه لا مال للواهب سواه ولكن لضرورة الدور جوز الهبة في نصف العبد وبيان ذلك انا نجعل العبد على ثلاثة أسهم وتجوز الهبة في سهم وتبطل في سهمين ثم يدفع الموهوب له هذا السهم بالجناية فيزداد مال الواهب ويجب بحسابه الزيادة في تنفيذ الهبة واذا زدنا في تنفيذ الهبة يزداد ماله بالدفع بالجناية أيضاً فلا يزال يدور هكذا وسهم الدور ساقط لانه شاع بالفساد فالسبيل يقيد وانما يطرح هذا السهم من قبل من خرج الدور من جهتهم وانما الدور هنالك بزيادة ظهرت في نصيب الورثة فالسبيل أن تطرح من أصل حقهم بينهما وحق الموهوب له في سهم وبه يظهر أن العبد يكون في الاصل على سهمين تنفذ الهبة في أحدهما وهو النصف ثم يدفع الموهوب له ذلك السهم بالجناية فسلم للورثة سهمان وقد نفذ بالوصية في سهم فاستقام الثلث والثلثان والعبد وان كان واحداً في الصورة ففي الحكم صار بمنزلة عبد ونصف فكان تنفيذ الوصية في نصف العبد ولما بطلت الهبة في النصف بالرد سقط حكم الجناية فيه لان جناية المملوك على مالكه خطأ واعتبر في النصف الآخر وقد دفعه المالك بالجناية فلهذا لا شيء عليه سواه قال واذا رجع الواهب في هبته والموهوب له مريض وقد كانت الهبة في الصحة فان كان بقضاء قاض

فالرجوع فيه صحيح ولا سبيل لغرماء الموهوب له وورثته بعد موته على الواهب لان الواهب يستحقه بحق سابق له على حقهم وان كان ذلك بغير قضاء قاض كان رد المريض لها حين طلب الواهب فيها بمنزلة هبة جديدة من المريض فيكون من الثلث ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين محيط بماله أبطل ذلك الرجوع وردت الهبة الى تركة الميت وقد تقدم بيان ما فى هذه المسألة من اختلاف الروايات والقياس والاستحسان ووجهه انه بالرد باختياره ورضاه قصد ابطال حق الغرماء والورثة عنه بعد تعلق حقهم به يوضحه ان حق الواهب فى الرجوع ضعيف حتى يتمكن الموهوب له من اسقاطه بتصرفه فاذا اتصل قضاء القاضى به يقوى فيقدم على حق غرماء الموهوب له وورثته لقوته واذا لم يتصل به القضاء تقدم حق الغرماء والورثة على حقه لقوة حقهم وضعف حق الواهب . قال مريض له عبد يساوى خمسة آلاف درهم وهبه لرجل وقبضه الموهوب له ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل المريض خطأ فانه يقال للموهوب له ادفعه أوافده لما بينا أنه مالك للعبد حين جنى فان اختار الدفع فقد بينا التخريج وان اختار الفداء فداه بالدية وسلم له العبد كله لان الدية بدل نفس الواهب بمنزلة ما خلفه فتبين به ان مال خمسة عشر ألفا وقيمة العبد خمسة آلاف فهو خارج من ثلثه فلهذا تنفذ الهبة فى جميعه واذا ظهر نفوذ الهبة فى جميع العبد ظهر أن على الموهوب له دية كاملة للورثة باختياره فان كان يساوى ستة آلاف درهم واختار الفداء فانه يرد على ورثة الواهب ربعه ويفدى ما بقى بثلاثة أرباع الدية وذكر محمد فى كتاب الدور طريقا فى تخرج هذا الجنس من المسائل هو أسهل الطرق . قال ولو كان للواهب سوى ألفى درهم كانت الهبة صحيحة فى جميع العبد لان اختيار الفداء يؤدى الدية عشرة آلاف درهم فيسلم ذلك للورثة مع الالفين فيكون اثنى عشر ألفا وقد نفذ بالهبة فى العبد وهو يساوى ستة آلاف فيسلم للورثة ضعف ما نفذنا فيه الهبة فاذا عدمنا الالفين تعذر علينا تنفيذ الهبة فى جميع العبد فالسبيل ان يضم ما عدمنا وهو الالفان الى قيمة العبد وهو ستة آلاف ثم يبطل من الهبة بقدر ما عدمنا ونجوز بقدر الموجود والذى عدمنا من الجملة مقدار الربع فتبطل الهبة فى ربع العبد ويجوز هنا وقيمة ذلك أربعة آلاف وخمسمائة ثم يفدى ذلك بثلاثة أرباع الدية وذلك سبعة آلاف وخمسمائة فيسلم ذلك للورثة مع ربع العبد وقيمته ألف وخمسمائة وجملة ذلك تسعة آلاف وقد نفذنا الهبة فى نصف ذلك أربعة

آلاف وخمسمائة فيستقيم الثلث والثلثان فهذا طريق ظاهر من غير دور فأما بيان طريق الدور ان العبد في الابتداء على ثلاثة أسهم صحت الهبة في سهم منه ثم على الموهوب له ان يفدى السهم بمثله ومثل ثلثيه فعرفنا ان كل سهم من العبد يقابله من الدية مثله ومثل ثلثيه فاذا فداه بسهم وثلثين ازداد مال الورثة وجاء الدور من الوجه الذى قررنا فالسبيل ان يطرح من أصل حق الورثة مقدار الزيادة وهو سهم وثلثا سهم وقد كان حقهم في سهمين فاذا طرحنا سهما وثلثى سهم بقى حقهم في ثلث سهم وحق الموهوب له في سهم فيكون العبد على سهم وثلث انكسر بالا ثلاث فاضرفه في ثلثه وسهم وثلث في ثلثه يكون أربعة فتبين ان العبد على أربعة أسهم وان الهبة تنفذ في ثلاثة أرباعه فيقدر ذلك بثلاثة أرباع الدية ثم التخريج الى آخره كما بينا وتخرج هذه المسئلة على طريق الحساب من الجبر والمقابلة وغيرها ولكن يؤخر بيان ذلك الى كتاب الدور وهذه المسألة واخواتها تعود هناك ان شاء الله تعالى قال وأهل الذمة في حكم الهبة بمنزلة المسلمين لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات الا أنه لا يجوز المعاوضة بالخمر عن الهبة فيما بين المسلم والذمى سواء كان المسلم هو المعوض للخمر أو الذمى لان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم وهو ممنوع من تمليكه وتملكها فهى في حقه كالميتة والدم لا تصلح عوضاً قال وان صارت الخمر خلا في يد القابض لم تصر معوضا ويرده الى صاحبها لان تمليكها على وجه التعويض باطل فتثبت على ملك صاحبها فاذا تخللت كان الخل مملوكا له مردوداً عليه وأصل التعويض لما بطل لا ينقلب صحيحا بالتخلل كما لو باع خمراً من انسان فتخللت في يد المشترى وتجوز المعاوضة بالخمر والخنزير فيما بين الذميين كما يجوز ابتداء المبايعة لان ذلك مال متقوم في حقهم ولا يجوز بالميتة والدم لان ذلك ليس بمال في حقهم كما في حقنا وصحة التعويض تختص بمال متقوم.

.قال مسلم وهب لمرتد هبة فعوضه منها المرتد ثم قتل أو لحق بدار الحرب جازت الهبة ولم يجز تعويضه في قول أبي حنيفة لان التعويض تصرف من المرتد في ماله ومن أصل أبي حنيفة ان تصرف المرتد في ماله يبطل اذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب وأما هبة المسلم من المرتد صحيحة لان قبول الهبة من المرتد ليس بتصرف في ماله والحجر بسبب الردة لا يكون فوق الحجر بسبب الرق وذلك لا يمنع قبول الهبة فهذ أولى الا أنه اذا كان للواهب حق الرجوع في حال حياة الموهوب له وقد مات حقيقة أو حكماً بلحاقه بدار الحرب فكانت الهبة جائزة وقد

بطل التعويض وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعوضه صحيح كسائر تصرفاته الا أن عندا
أبى يوسف يكون من جميع ماله وعند محمد من ثلثه بمنزلة سائر تصرفات المرتد على وجه التبرع
فان كان المرتد هو الواهب وقد عوضه الموهوب له من هبته ثم قتل أولحق بدار الحرب فانه
يرد هبته الى ورثته لانه كان تصرفا منه فى ماله واذا كان تصرفه في ماله بيعا يبطل عنده اذا
مات فتصرفه هبة أولى فترد هبته الى ورثته ويرد عوضه الى صاحبه ان كان قائما وان كان قد
استهلكه كان ذلك دينا فى مال المرتد لانه قبضه علي وجه العوض ولم يسلم الموهوب
للموهوب له فلا يسلم العوض له أيضا ولكن ان كان قائما رده على الموهوب له بعينه وان
كان مستهلكا فقد تعذر رده مع قيام السبب الموجب للرد فتجب قيمته دينا في ماله سواء
كان الآخر علم بارتداده أو لم يعلم لان حكم تصرف المرتد لا يختلف بعلم من عامله بردته وجهله
فان التوقف لحق الورثة وحقهم ثابت في الحالين. قال واذا وهب المرتد للنصرانى هبة أو النصرانى
للمرتد على أن عوضه عنها خمرا فذلك باطل لان المرتد في حكم التصرف فى الخمر كالمسلم فانه
مجبر علي العود الي الاسلام غير مقر علي ما اعتقده فيبطل تصرفه فى الخمر تعويضا عن
الهبة كما يبطل من المسلم قال واذا وهب الحربى المستأمن هبة لمسلم أو وهبها له مسلم فقبضها
ثم رجع الى دار الحرب ثم عاد مستأمنا فلكل واحد منهما ان يرجع فى هبته لبقاء الملك المستفاد
بالهبة وبقاء العين على حاله فأن المستأمن وان كان فى دارنا صورة فهو فى أهل دار الحرب حكما
فلا يتبدل ملكه بالرجوع الى دار الحرب وان سبي وأخذت الهبة منه لم يكن للواهب ان
يرجع فيها لزوال الملك المستفاد بالهبة فان نفسه بالسبي قد تبدلت وخرج هو من أن يكون
أهلا للملك والموهوب صار ملكا للسابى بمنزلة سائر أمواله اذا أخذه معه فلا سبيل
للواهب عليه وان حضر قبل القسمة لانه انما يتمكن من أخذ ما بقى ووقع الظهور عليه من
ماله وهذا مال أزاله عن ملكه باختياره فلا يأخذه من الغنيمة وان حضر قبل القسمة
قال وان وقع الحربى فى سهم رجل فاعتقه ثم وصلت تلك الهبة اليه بشراء أو غيره لم يكن
للواهب أن يرجع فيها لان هذا ملك حادث له وحق الواهب كان فى الملك المستفاد بالهبة
فلا يثبت فى ملك حدث بسبب آخر وصار اختلاف سبب الملك كاختلاف العين قال وان
كان الحربى هو الواهب فسبي ووقع فى سهم رجل لم يكن له أن يرجع فى هبته لان نفسه
تبدلت بالرق وذلك بمنزلة موته فان الحرية حياة والرق تلف وبموت الواهب يبطل الحق

فى الرجوع ولانه لو رجع كان معيدا للعين الي ملك مولاه لا الي ملك نفسه وبالهبة لم يخرج من ملك ولاه وكذلك ان اعتق لا يستطيع الرجوع فيها لان حق الرجوع قد بطل بتبدل نفسه كما قلنا والساقط من الحق يكون متلاشيا لا يتصور عوده . قال حربى وهب لحربى هبة ثم أسلم أهل الدار أوأسلما جميعا وخرجا الى دار الاسلام فله أن يرجع فى هبته لبقاء الملك المستفاد بالهبة فان بالاسلام يتأكد الملك الذى كان قبله ولا يتبدل وكذلك العين علي حاله في يد الموهوب له فان كان عوضه من هبته لم يكن له أن يرجع فيها لحصول ماهو المقصود له بالهبة وهو وصول العوض اليه ثم كتاب الهبة ولله الحمد والمنة والله أعلم قال رحمه الله انتهى شرح الصفار من الفروع من الاستحسان الى البيوع . بالموثر من المعانى مع الخبر المسموع باملاء الملتمس لرفع الباطل الموضوع . المنفى لاجله المحصور الممنوع عن الاهل والولد والكتاب المجموع الطالب للفرج بالدعاء والخشوع فى ظلم الليالي بالبكاء والدموع . مقرونا بالصلاة على سيد أهل الجوع . وعلى آله وأصحابه أهل التقى والخضوع

كتاب البيوع

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالي املاء اعلم بان الله سبحانه وتعالى جعل المال سببا لاقامة مصالح العباد فى الدنيا وشرع طريق التجارة لا كسابها لان ما يحتاج اليه كل أحد لا يوجد مباحا فى كل موضع وفى الاخذ على سبيل التغالب فساد والله لا يحب الفساد والى ذلك أشار الله سبحانه وتعالى في قوله (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) والتجارة نوعان حلال يسمى فى الشرع بيعا وحرام يسمى ربا كل واحد منهما تجارة فان الله أخبر عن الكفرة انكارهم الفرق بين البيع والربا عقلا فقال عز وجل (ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا) ثم فرق بينهما فى الحل والحرمة بقوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) فعرفنا أن كل واحد منهما تجارة وان الحلال الجائز منها بيع شرعا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه وانعقاد هذا البيع بلفظين هما عبارة عن الماضي وهو بقوله بعت واشتريت في محلين كل واحد منهما مال

متقوم على طريق الاكتساب حتى ان ما يدخله معنى التبرع كالهبة بشرط العوض لا يكون بيعاً ابتداء ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل بان يقول أحدهما بعنى فيقول الآخر بعت أو يقول اشترى منى فيقول الآخر اشتريت لا ينعقد البيع عندنا بخلاف النكاح والشافعى يسوى بينهما باعتبار ان كل واحد منهما عقد تمليك بعوض من الجانبين والفرق لنا من وجهين (أحدهما) أن النكاح يتقدمه خطبة عادة فقوله زوجينى نفسك فى مجلس العقد لا يجعل خطبة لان الخطبة قد تقدمته فيجعل أحد شطرى العقد فأما البيع يقع بغتة من غير تقدم استيام فيجعل قوله بعنى استياما فلا بد من لفظ العقد بعده (والثانى) ان قوله زوجينى نفسك تفويض للعقد اليها فيجعل قولها زوجت عقدا تاما لان كلام الواحد يصلح للعقد من الجانبين في النكاح اذا كان مأموراً به وفى البيع لا يتأتى مثل هذا لان كلام الواحد لا ينعقد به البيع من الجانبين اذا لم يكن احدهما موليا عليه من الآخر فأما الربا فى اللغة هو الزيادة يقال أربى فلان على فلان أى زاد عليه ويسمى المكان المرتفع ربوة لزيادة فيه على سائر الامكنة وفى الشريعة الربا هو الفضل الخالى عن العوض المشروط في البيع لما بينا أن البيع الحلال مقابلة مال متقوم بمال متقوم فالفضل الخالى عن العوض اذا دخل في البيع كان ضد ما يقتضيه البيع فكان حراما شرعاً واشتراطه في البيع مفسد للبيع كاشتراط الخمر وغيرها والدليل على حرمة الربا الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (وحرم الربا) وقد ذكر الله تعالى لآكل الربا خمسا من العقوبات (أحدها) التخبط قال الله تعالى (لايقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس) قيل معناه ينتفخ بطنه يوم القيامة بحيث لا تحمله قدماه وكلما رام القيام يسقط فيكون بمنزلة الذى أصابه مس من الشيطان فيصير كالمصروع الذى لا يقدر على أن يقوم وقد ورد بنحوه أثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يملاء بطنه ناراً بقدر ما أكل من الربا والمراد أن يفتضح على رؤس الاشهاد كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث آخر ان لواء ينتصب يوم القيامة لآكلة الربا فيجتمعون تحته ثم يساقون الى النار (والثانى) المحق قال الله تعالى (يمحق الله الربا) والمراد الهلاك والاستيصال وقيل ذهاب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع هو به ولا ولده بعده (والثالث) الحرب قال الله تعالى (فاذنوا بحرب من الله ورسوله) والمعنى من القراءة بالمد أعلموا الناس أكلة الربا إنكم حرب الله ورسوله بمنزلة قطاع

الطريق والقراءة بالقصر اعلموا ان أكلة الربا حرب الله ورسوله (والرابع) الكفر قال الله تعالى(وذروا مابقى من الربا ان كنتم مؤمنين)وقال تعالى(والله لا يحب كل كفار أثيم)أى كفار باستحلال الربا أثيم فاجر بأكل الربا(والخامس) الخلود فى النار قال الله تعالى (ومن عاد فاؤلئك أصحاب النار هم فيها خالدون) والسنة جاءت بتأييد ماقلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أكل درهم واحد من الربا أشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنيها الرجل من نبت لحمه من حرام فالنار أولى به والمقصود من هذا الكتاب بيان الحلال الذى هو بيع شرعا والحرام الذى هو ربا ولهذا قيل لمحمد لا تصف فى الزهد شيئا قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده بينت فيه مايحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام والرغبة فى الحلال ولهذا بدأ الكتاب بحديث رواه عن أبى حنيفة عن عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والملح بالملح مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والشعير بالشعير مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والتمر بالتمر مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وهذا حديث مشهور تلقته العلماء رحمهم الله تعالى بالقبول والعمل به ولشهرته بدأ محمد ببعضه كتاب البيوع وببعضه كتاب الاجارات وببعضه كتاب الصرف ومثله حجة فى الاحكام تجوز به الزيادة على الكتاب عندنا ودار هذا الحديث على أربعة من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبى سعيد الخدرى ومعاوية بن أبى سفيان رضى الله عنهم مع اختلاف ألفاظهم ثم الحديث يشتمل على تفسير وحكم ومعنى يتعلق به الحكم في الفرع أما تفسير قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب أى بيع الذهب بالذهب أو بيعوا الذهب بالذهب لان الباء تصحب الاعواض والابدال فانه للالصاق فهو دليل فعل مضمر كقولنا بسم الله وقوله مثل بمثل روى بالرفع والنصب فمعنى الرواية بالرفع بيع الذهب بالذهب مثل بمثل ومعنى الرواية بالنصب بيعوا الذهب بالذهب مثل بمثل والمراد به المماثلة فى القدر دون الصفة وان كان مطلق اسم المماثلة يتناولهما ولكنه ذكر هذا الحديث فى أول كتاب الصرف وذكر مكان قوله مثل بمثل وزن بوزن فبذلك اللفظ يتبين أن المراد من هذا اللفظ المماثلة في الوزن وبهذا اللفظ يتبين أن المراد قوله وزن بوزن المماثلة قدراً لا وصفا وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه

بعضاً وفى حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه قال تبره وعينه سواء فهذا تنصيص على أن المراد المماثلة فى الوزن دون الصفة لان التبر لايساوى العين فى الصفة وانما يساويه من حيث المقدار وقوله يدا بيد يجوز أن يكون المراد به عين بعين لان التعيين يكون بالاشارة باليد ويجوز أن يكون المراد قبض بقبض لان القبض يكون باليد وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان المراد به القبض هنا لبيانه في حديث عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال فى الصرف من يدك الى يده وان استنظرك الى خلف السارية فلا تنتظره وان وثب من السطح فثب معه ولكن الاصح ان المراد التعيين لانه لو كان المراد به القبض لقال من يد الى يد لانه يقبض من يد غيره فعرفنا ان المراد التعيين الا أن التعيين فى النقود لا يتم الا بالقبض لانها لا تتعين في العقود بالاشارة فكان اشتراط القبض لتحقيق التعيين المنصوص عليه واليه أشار فى حديث عمر رضي الله تعالى عنه بقوله ها وها أى هذا بهذا وقوله والفضل ربا يحتمل الفضل فى القدر ويحتمل الفضل فى الحال بان يكون أحدهما نقداً والآخر نسيئة وكل واحد منهما مراد باللفظ وقوله ربا أى حرام أى فضل خال عن العوض والمقابلة اما متيقنا به عند فضل القدر أو موهوم الوجود عادة لتفاوت بين النقدين والنسية في المالية وكذلك تفسير قوله الفضة بالفضة فأما قوله الحنطة بالحنطة مثل بمثل يحتمل المماثلة فى الكيل ويحتمل المماثلة في الصفة ولكنه فى كتاب الصرف ذكر مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل فتبين به أن المراد المماثلة من حيث القدر وفى حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه قال جيدها ورديها سواء فهو بيان أن المراد المماثلة فى القدر وقوله يدا بيد معناه عندنا عين بعين ولهذا لا يشترط التقابض في بيع الحنطة بالحنطة لان التعيين فيها يتم بالاشارة وقوله والفضل ربا يحتمل الفضل فى القدر ويحتمل الفضل فى الحال وكل واحد منهما مراد وقد فسر ذلك فى حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه فقال من زاد أو ازداد فقد أربى وكذلك الشعير والتمر والملح فأما الحكم فى الحديث حكمان حرمة النساء فى هذه الاموال عند المبايعة بجنسها وهو متفق عليه وحرمة التفاضل وهو قول الجمهور من الصحابة رضى الله تعالى عنهم الا التي روي عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه كان يجوّز التفاضل فى هذه الاموال ولا معتبر بهذا القول فان الصحابة رضي الله تعالى عنهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد على ما روى ان أبا سعيد الخدرى رضى الله

تعالى عنه مشى اليه فقال يا ابن عباس الى متى تؤكل الناس الربا أصحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لم يصحب أسمعت منه ما لم يسمع فقال لا ولكن حدثنى أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ربا الا فى النسيئة فقال والله لا آوانى واياك ظل بيت ما دمت على هذا القول وقال جابر بن زيد رضى الله تعالى عنه ما خرج بن عباس رضى الله تعالى عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فان لم يثبت رجوعه فاجماع التابعين رحمهم الله بعده يرفع قوله فهذا معنى قولنا لا يعتد بهذا القول وتأويل حديث اسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير والذهب بالفضه فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ربا الا فى النسيئة فهذا بناء على ما تقدم من السؤال فكان الراوى سمع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يسمع ما تقدم من السؤال أولم يشتغل بنقله وأما المعنى فنقول اتفق فقهاء الامصار رحمهم الله على ان حكم الربا غير مقصود على الاشياء الستة وان فيها معنى يتعدى الحكم بذلك المعنى الى غيرها من الاموال الا داود من المتأخرين وعثمان البتى من المتقدمين فان داود يقول حكم الربا مقصور على هذه الاشياء الستة لانه لا يجوز قياس غير المنصوص على المنصوص لاثبات الحكم وعند فقهاء الامصار رحمهم الله القياس حجة لتعدية الحكم الثابت بالنص والبتى يقول بأن القياس حجة ولكن من أصله انه لا يجوز القياس على الاصول الا أن يقوم دليل فى كل أصل على جواز القياس عليه ولم يقم ذلك الدليل هنا وعند فقهأ الامصار رحمهم الله يجوز القياس على الاصول الا أن يقوم دليل يمنع القياس على كل أصل ثم قد قام الدليل هنا على جواز القياس فان مالك بن أنس واسحاق بن ابراهيم الحنظلي رحمهما الله رويا هذا الحديث وذكر في آخره وكذلك كل ما يكال ويوزن فهو تنصيص على تعدية الحكم الى سائر الأموال وفى حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فانى أخشي عليكم الربا أى الربا ولم يرد به عين الصاع وانما أراد به مايدخل تحت الصاع كما يقال خذ هذا الصاع أي مافيه ووهبت لفلان صاعا أى من الطعام وفى حديث عامل خيبر رضي الله تعالى عنه انه أهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمراً جنيا فقال صلى الله عليه وسلم أو كل تمر خيبر هكذا فقال لا ولكنى دفعت صاعين من عجوة بصاع من هذا فقال صلي الله عليه وسلم أربيت هلا بعت تمرك

بسلعة ثم اشتريت بسلعتك تمرا ثم قال صلى الله عليه وسلم وكذلك الميزان يعنى ماوزن بالميزان فتبين بهذه الآثار قيام الدليل على تعدية الحكم من الاشياء الستة لا غيرها وهذا بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم ثم لم يجوز قياس ماسوى هذا الخمس على الخمس لان التعليل لتعدية حكم النص الى غير المنصوص لا لابطال المنصوص وقد نص فى ذلك الحديث على ان الفواسق خمس فلو اشتغلنا بالتعليل كان أكثر من خمس فيكون ابطالا للمنصوص وهنا ليس في الحديث أن مال الربا ستة أشياء ولكن ذكر حكم الربا فى الاشياء الستة فالاشتغال بالتعليل لا يؤدى الى ابطال المنصوص عليه فلهذا جوزنا ذلك وفائدة تخصيص هذه الاشياء بالذكر أن عامة المعاملات يومئذ كان بها على ما جاء فى الحديث كنا نتبايع في الاسواق بالاوساق والمراد به مايدخل تحت الوسق مما يكثر الحاجة اليه وهى الاشياء المذكورة ثم اختلفوا بعد ذلك فى المعنى الذى يتعدى الحكم به الى سائر الاموال قال علماؤنا رحمهم الله تعالى الجنسية والقدر عرفت الجنسية بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والحنطة بالحنطة. والقدر بقوله صلى الله عليه وسلم مثل بمثل ويعنى بالقدر الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن وظن بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى ان العلة مع الجنس الفضل على القدر وذلك يحكى عن الكرخى ولكنه ليس بقوى فانه لا يجوز اسلام قفيز حنطة فى قفيز شعير ولا تثبت حرمة النساء الا بوجود أحد الوصفين ولو كانت العلة هى الفضل لما حرم النساء هنا لانعدام الفضل فعرفنا ان العلة نفس القدر مع الجنس وقال مالك رضي الله عنه العلة الاقتيات والادخار مع الجنس وقال ابن سيرين تقارن المنفعة مع الجنس وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه فى القديم العلة في الاشياء الاربعة الكيل والطعم وقال فى الجديد العلة هى الطعم وفى الذهب والفضة العلة الثمنية وهو أنهما جوهر الاثمان والجنسية عنده شرط لاتعمل العلة الا عند وجودها ولهذا لا يجعل للجنسية أثرا فى تحريم النساء فحاصل المسئلة أن بيع كل مكيل أو موزون بجنسه لا يجوز عندنا الا بعد وجود الخلاص وهو المماثلة فى القدر وأن يكون عينا بعين وعنده بيع كل مطعوم بجنسه وكل ثمن بجنسه حرام الا عند وجود المخلص وهو المساواة فى المعيار الشرعى وأن يكون قبضا بقبض فى المجلس والحاصل ان حرمة البيع في هذه الاموال أصل عنده والجواز يعارض المساواة في المعيار مع القبض في المجلس وعندنا اباحة البيع فى هذه الاموال أصل كما فى سائر الاموال والفساد يعارض

انعدام المماثلة بوجود الفضل الخالي عن العوض متيقنا به أو موهوما احتياطا والمقصود من التعليل عنده منع قياس غير المطعومات علي المطعومات وغير الثمن علي الثمن بناء علي أصله أن التعليل صحيح لاثبات حكم الاصل والمنع من الحاق غيره به وعندنا التعليل لتعدية حكم النص الى غير المنصوص فالحكم فى المنصوص ثابت بالنص لا بالعلة لان الثابت بالنص مقطوع به والمنع بظاهر النص ثابت فالاشتغال بالتعليل يكون لغواً عندنا وبيان هذا الاصل اذا باع تفاحة بتفاحتين عنده لايجوز لان الحرمة هى الاصل فى بيعها والحل يثبت بعارض بوجود المساواة في المعيار الشرعى ولم يوجد فلا يجوز وعندنا يجوز لانعدام الفضل علي القدر وهو المعيار الشرعى والحرام هو الفضل علي القدر ولم يوجد فيجوز لان الجواز أصل فى البيع والحرمة تثبت بعارض انعدام المماثلة في القدر وهو المعيار الشرعي وهذا لامعيار له فيجوز النقد ولو باع قفيز جبس بقفيزى جص عندنا لايجوز لوجود الجنسية والقدر وعنده يجوز لعدم الطعم ولو باع حفنة بحفنتين عنده لايجوز لكونه مطعوما وقد عدمت المساواة فى المعيار الشرعى وعندنا يجوز لعدم الكيل مع الجنس ولو باع منا سكر بمنوى سكر عندنا لا يجوز لوجود الجنس مع القدر وعنده لايجوز أيضاً لوجود الطعم مع الجنس ولو باع منا قطن بمنوى قطن عندنا لا يجوز لوجود الجنسية والقدر وعنده يجوز لعدم الطعم وحجة الشافعى لاثبات أصله ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا سواء بسواء وفى رواية قال لاتبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء ففى هذا بداية ببيان النهى والمنع لو اقتصر علي قوله لا تبيعوا لم يجز بيع أحدهما بالآخر بحال. فبه تبين أن حرمة البيع أصل وان الجواز بعارض المساواة بين ذلك بقوله الا سواء بسواء والمراد المساواة فى القدر ثم اسم الطعام يتناول القليل والكثير ومايكال من الاطعمة ومالا يكال فثبت حرمة البيع فى جميع ذلك وتبين بهذا أن التعليل بالقدر يوجب تخصيص الاصل المعلل وذلك باطل وكذلك فى الحديث المشهور قال الحنطة بالحنطة فهذا اللفظ يتناول القليل والكثير وقوله صلي الله عليه وسلم مثلا بمثل نصب على الحال أى انما يكون بيعاً فى حالة ما يكون مثلا بمثل والمراد المماثلة فى القدر فتبين به أيضا أن الحرمة أصل فيها وأن الحل بعارض المماثلة فى القدر وليس المراد بالربا الزيادة فقد قال عمر رضى الله عنه ان آية الربا آخر مانزل وقبض رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يبين لنا شأنها وان من الربا أبوابا لا يكدن يخفين علي أحد منها السلم فى السن فتبين بهذا أنه علم ان الاسم غير

عما عليه مقتضى اللغة وانه ليس المراد من الربا الزيادة فانه ليس في السلم في السن زيادة
خالية عن العوض وقد جعله من الربا الذي لا يكاد يخفى على أحد ولئن كان المراد الزيادة
فانما أراد فضلا قائماً في الذات لان المطعوم اذا قوبل بجنسه لا يتساويان في الطعم الا نادراً
ولا ينبني الحكم عن النادر فذلك الفضل القائم في الذات حرام وربا الا أنه سقط اعتباره
شرعا بالمساواة في القدر تيسيراً على الناس فتبين بهذا أن الحرمة أصل أيضاً وفي ذكر الطعام
ما يدل على أن العلة هي الطعم لان الطعام اسم مشتق منه معنى والحكم اذا علق باسم مشتق
من معنى فالمعنى الذي اشتق منه الاسم هو العلة للحكم كما في قوله تعالى (الزانية والزاني) وفي
قوله تعالى (السارق والسارقة) ومن حيث الاستدلال وهو أن الشرع شرط لجواز
البيع في هذه الاموال شرطين المساواة واليد باليد فعرفنا أن الموجب لهذين الشرطين معنى
في المحل ينبيء عن زيادة شرطين الولي والشهود كان ذلك دليلا على أن الموجب للشرطين
معنى في المحل ينبيء عن زيادة خطر وهو أن المستحق به ما في حكم النفوس ثم هنا المعنى
ينبيء عن الخطر في الذهب والفضة الثمنية لانهما خلقا لذلك وبالثمنية حياة الاموال والمعنى
ان الذي ينبيء عن زيادة الخطر في الاشياء الاربعة الطعم لان بالطعم حياة النفوس فعرفنا
ان العلة الموجبة لهذين الشرطين الطعم والثمنية ولهذا جعلنا الجنسية شرطاً لا علة لان الحكم
يدور مع الشرط وجوداً وعدماً كما يدور مع العلة والفرق بينهما بالتأثير فاذا لم يكن في
الجنسية ما ينبيء عن زيادة الخطر ولا يثبت الحكم الا عند وجوده جعلناه شرطا لا علة وبهذا
تبين فساد التعليل بالقدر فانه لا ينبيء عن زيادة خطر في المحل لان الجص شيء هين يكال
فلا يتعلق به حياة نفس ولا مال انما هو معد لتزين البناء ولان الشرع ذكر عند بيان حكم
الربا جميع الاثمان وهي الذهب والفضة وذكر من المطعومات أنفس كل نوع فالحنطة
أنفس مطعوم بني آدم والشعير أنفس علف الدواب والتمر أنفس الفواكه والملح أنفس التوابل
فلما أراد المبالغة في بيان حكم الربا ولم يمكنه ذكر جميع المطعومات نص من كل نوع على أعلاه
ليبين بذلك أن العلة هي الطعم فاما اذا جعل العلة القدر يمحض ذكر هذه الاشياء تكراراً
لان صفة القدر لا تختلف في الاشياء الاربعة وحمل كلام صاحب الشرع على ما يفيد أولى
ولهذا قال مالك العلة الاقتيات لانه خص بالذكر كل مقتات مدخر وقال ابن سيرين العلة
تقارب المنفعة لوجود ذلك في الاشياء المذكورة فان الحنطة مع الشعير تتقارب في المنفعة

فاذا ثبت ان العلة هى الطعم والثمنية امتنع قياس غير المطعوم على المطعومات وغير الاثمان على الاثمان لانعدام العلة فيها ولما جعل الشرع القدر معتبراً في الخلاص عن الربا لا يجوز اعتبار ذلك بعينه في الوقوع فى الربا لاستحالة ان يتضمن الشئ حكمين متضادين بل القدر فى المقدرات بمنزلة العدد فى المعدودات والزروع فى المزروعات فكما لا يصلح جعل علة ذلك للربا فكذلك القدر وحجتنا فى المسئلة ماروينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال بعد ذكر الاشياء الستة بصفة الكيل والوزن فذلك دليل على ان العلة فيها الكيل والوزن وان لم تثبت هذه الزيادة فقوله الحنطة بالحنطة معناه بيع الحنطة بالحنطة والبيع لا يجرى باسم الحنطة فالاسم يتناول الحبة الواحدة ولا يبيعها أحد وانما يعرف ماليتها ولو باعها لم يجز لأنها ليست بمال متقوم فعلم ضرورة أن المراد الحنطة التى هى مال متقوم ولا يعلم ماليتها الا بالكيل فصارت صفة الكيل ثابتة بمقتضي النص وكذلك قوله الذهب بالذهب فالاسم قائم بالذرة ولا يبيعها أحد وانما تعرف ماليتها بالوزن كالشعيرة ونحو ذلك فصارت صفة الوزن ثابتة بمقتضى النص فكانه قال الذهب الموزون بالذهب والحنطة المكيلة بالحنطة والصفة من اسم العلم يجرى مجرى العلة للحكم كقوله صلى الله عليه وسلم فى خمس من الابل السائمة شاة وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمنصوص ألا ترى انه لو قال غصبت من فلان شيئا يلزمه ان يبين مالا متقوما لثبوت صفة المالية بمقتضى الغصب وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الطعام بالطعام ذكر الطعام عند ذكر البيع فلا يتناول الا الحنطة ودقيقها كمن وكل وكيلا بان يشترى له طعاما فاشترى فاكهة يصير مشتريا لنفسه وهذا لان سوق الطعام الذى يباع فيه الحنطة ودقيقها وبائع الطعام من يبيع الحنطة ودقيقها وهذا من أبواب الكتاب ليس من فقه الشريعة فى شئ وأما الكلام فى المسئلة من حيث الاستدلال فينبنى على معرفة النص فنقول حكم نص الربا وجوب المماثلة فى المعيار شرط لجواز العقد ثم ضرورة الفضل لعدم تلك المماثلة ربا لوجوب المماثلة لا كما قاله الخصم ان الحكم حرمة فضل فى الذات ثم المماثلة شرط لازالة فضل حرام والدليل على ما قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الحنطة بالحنطة مثل بمثل فقد أوجب المماثلة لجواز العقد ثم جعل الفضل بعد تلك المماثلة بقوله عليه الصلاة والسلام والفضل ربا وفى الحديث الآخر قال لا تبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء وبالاجماع المساواة فى الكيل فعرفنا ان المراد اشتراط المماثلة لجواز العقد لان الكلام المقيد بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى فيكون

المعنى فساد البيع عند عدم المماثلة التي هي واجبة واذا ثبت ان الحكم وجوب المماثلة ولا يتصور ثبوت الحكم بدون محله عرفنا ان المحل الذى لا يقبل المماثلة لا يكون مال الربا أصلا والحفنة والتفاحة لا تقبل المماثلة بالاتفاق فلم يكن مال الربا والدليل عليه أن صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم ما نص على حكم الربا الا مقرونا بالمخلص فكل علة توجب الحكم فى محل لا يقبل المخلص أصلا فهى علة باطلة والطعم بهذه الصفة فانها توجب الحكم في الرمان والسفرجل ولا يتصور فيه المخلص وكذلك قوله لاتبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء كلام مقيد بالاستثناء والمستثنى من جنس المستثنى منه لان الاستثناء لاخراج مالولاه لكان الكلام متنا ولاله وان كان المستثنى الكثير القابل للمماثلة لا يتناوله الحديث أصلا فان قال هو استثناء مقطوع بمعنى لكن أى جعلتموه سواء بسواء فبيعوا أحدهما بالآخر قلنا هذا مجاز ولا يترك العمل بالحقيقة الا عند قيام الدليل وباعتبار الحقيقة يتبين أن حكم النص وجوب المماثلة فيما يختص بمحل قابل للمماثلة والدليل عليه أنه لوباع قفيز حنطة بملكه بقفيز حنطة ارخوة أوقد أكلها السوس يجوز وقد تيقنا بفضل فى الذات ومع ذلك جاز العقد لوجود المماثلة في القدر فان قال سقط اعتبار الفضل القائم فى الذات لوجود المساواة في القدر قلنا هذا جائز ولكن عند قيام الدليل فاذا أمكن أن يجعل الحكم فى الذات وجوب المماثلة والفضل الذى هو ربا بعد تلك المماثلة فلا حاجة بنا الى اسقاط ما هو موجود حقيقة خصوصاً فيما اذا بنى أمره على الاحتياط وهو الربا والذى قال ان الاسم غير عما عليه مقتضي اللغة ممنوع فانه دعوى المجاز أيضاً فلا يمكن اثباته أيضاً الا بدليل فاما حديث عمر رضى الله عنه فله تأويلان (أحدهما) أن المرادا بقوله وان من الربا أبوابا لا يكدن يخفين على أحد ٠ منها السلم في السن ما كانوا اعتادوا في الجاهلية أن الواحد منهم يسلم في ابنة مخاض فاذا حل الاجل زاده في السن وجعله ابنة لبون ليزيده في الاجل ثم يزيده الى سن الحقة والجذعة وفي ذلك نزل قوله تعالى (ولا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة) فتلك الزيادة خالية عن عوض هو مال ولهذا قال انه من الربا الذى لا يكاد يخفى على أحد (والثانى) أن المراد السلم فى الحيوان والحيوان مما يتفاوت والمسلم فيه دين فانما يصير معلوما بذكر الوصف ورأس المال بمقابلة الاوصاف المذكورة عند العقد ثم عند القبض تمكن التفاوت في المالية بين المقبوض والموصوف عند العقد لا محالة فتلك الزيادة كأنها خالية عن عوض هو مال ولهذا جعل

من الربا الذى لا يكاد يخفى على أحد وان سلموا أن حكم النص وجوب المماثلة لا يبقى لهم شيء لان وجوب المماثلة لا تكون الا في محل قابل للمماثلة وان لم يسلموا فالدليل على اثبات هذه القاعدة أن الاموال أنواع ثلاثة متفاوتة في نفسها كالثياب والدواب فلا تجب المماثلة فيها للمبايعة وامثال متقاربة كالسهام ولا تجب المماثلة فيها أيضاً للمبايعة وأمثال متساوية كالفلوس الرائجة وتجب المماثلة فيها حتى اذا باع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لا يجوز للرسنة فان بيع فلس بفلس جائز بل لوجوب المماثلة فان أحدى الفلسين يبقى بغير شيء لما كانت أمثالا متساوية بصفة الرواج فيكون ذلك ربا واذا كان كل واحد منهما بعينه فكأن المتعاقدين أعرضا عن الاصطلاح على كونها أمثالا متساوية ولهذا يتبين بالتعيين فتصير أمثالا متقاربة كالجوز والبيض اذا عرفنا هذا فنقول الشرع هنا نص على اشتراط المماثلة في هذه الاموال فعرفنا أنها أمثال متساوية وانما تكون أمثالا متساوية بالجنس والقدر لان كل حادث فى الدنيا موجود بصورته ومعناه فانما بطلت المماثلة من هذين الوجهين والمماثلة صورة باعتبار القدر لان المعيار في هذا المقدار كالطول والعرض والمماثلة معنى باعتبار الجنسية ولكن هذه المماثلة لا تكون قطعاً الا بشرط وهو سقوط قيمة الجودة منها لجواز أن يكون احدهما أجود من الآخر واذا سقطت قيمة الجودة منها صارت أمثالا متساوية قطعاً فانما يقابل البعض بالبعض فى البيع من حيث الذات فاذا كان في أحد الجانبين فضل كان ذلك الفضل خاليا عن المقابلة كالخيطين اذا تقابلا وأحدهما أطول فتلك الزيادة تكون خاليه عن المقابلة والفضل الخالى عن المقابلة ربا فاذا جعل شرطا فى العقد فسد به العقد وهكذا فى سائر الاموال الا ان الفضل الخالي عن المقابلة هناك انما يظهر بالشرط حتى لو باع ثوبا بثوب بشرط ان يسلم له مع ذلك ثوبا آخر لا يجوز لان هناك الفضل يظهر بالشرط وهنا يظهر شرعا لوجوب المماثلة فثبت بما قررنا ان العلة لهذا الحكم بالتأثر فى ايجاب المماثلة وهو الجنس والقدر وان شرط عمل العلة سقوط قيمة الجودة منها وهذا شرط عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء وبدليل مجمع عليه وهو انه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة ردية ودرهم لا يجوز وما كان مالا متقوما يجوز الاعتياض عنه كالبيع وانما يجوز الاعتياض عما فسد بتقومه شرعا كالخمر ونحو ذلك فلما لم يجز الاعتياض عن الجودة هنا عرفنا انه لا قيمة للجودة عند المقابلة بالجنس ثم اثبات الحكم بهذا الطريق يكون على موافقة الاصول وعلى

ما يدعيه الخصم ان الحكم حرمة فضل في الذات يكون اثبات الحكم على مخالفة الاصول فالبيع ما شرع الا لطلب الربح والفضل فالفضل الذي يقابله العوض حلال ككسبه بالبيع فكيف يستقيم ان يجعل حراما بالرأى وان أردت تحرير النكتة قلت التفاح والرمان مالم يسقط قيمة الجودة منه عند المبايعة فيجوز بيع بعضه ببعض كيف ما كان كالثياب والدواب ثم تقريره من الوجه الذى ذكرنا وبهذا يعلل فى القليل من الحنطة كالحفنة ونحوها فان قيل كيف يستقيم هذا ولو غصب من آخر حفنة من حنطة فنقصت عنده ليس للمغصوب منه ان يضمنه النقصان مع أخذ حنطته ولو كان للجودة منها قيمة لكان له ذلك كما فى التفاح والرمان والثياب ونحوها قلنا الواجب على الغاصب ضمان القيمة لان الحفنة ليست من ذوات الامثال فان المماثلة بالمعيار وليس للحفنة معيار فعرفنا ان الواجب هو القيمة وقد بينا ان المالية والقيمة فى الحنطة لا تعلم الا بالكيل فلا بد من اظهار قيمة هذا المغصوب من اعتبار الكثير وهو القفيز وعند اعتبار ذلك لا قيمة للجودة فلا يمكن معرفة النقصان ليوجب ذلك على الغاصب ويمكن معرفة القيمة بالحرز فيوجب القيمة ويكون شرط الاستيفاء تسليم العين الى الغاصب فاذا أراد استرداد العين لم يكن له أن يرجع بشيء كما لو قطع يد عبد عند انسان فأراد المولى امساك العبد لم يرجع بشيء على قول أبى حنيفة وعلى هذا الاصل قلنا لو باع حفنة بقفيز لا يجوز أيضا لان القفيز لا قيمة للجودة منه فتكون المقابلة باعتبار الذات فيظهر الفضل الخالى عن المقابلة بخلاف الحفنة بالحفنتين فكل واحد منهما يقابل الآخر فى البيع والشراء من غير اعتبار القفيز وبدون اعتباره للجودة قيمة فلا يظهر الفضل الخالى عن المقابلة ويتبين بما ذكرنا فساد علة الخصم بالطعم والثمنية فانها علة قاصرة لا تتعدى الى الفروع ولانها تثبت الحكم على مخالفة الاصول ولان الطعم عبارة عن أعظم وجوه الانتفاع بالمال وكذلك الثمنية فانها تنبيء عن شدة الحاجة اليه وتأثير الحاجة فى الاباحة لا في الحرمة كتناول الميتة تحل باعتبار الضرورة ولا معنى لما قال ان الشرع ماحرم البيع فى هذه الاموال الا ماحرم فى سائر الاموال وهو الفضل الخالى عن المقابلة وهذا لان هذه الاموال بذلة كسائر الاموال حتى يجوز تناولها بدون الملك بالاباحة وبالملك بغير عوض وهو الهبة بخلاف البضع فانه مصون عن الابتذال يلحق بالنفوس فيجوز ان يشترط فى النكاح زيادة شرط لاظهار خطر المحل وبهذا تبين فساد ما قال ان الاسم المشتق

من فعل اذا علق به الحكم يصير ذلك الفعل علة لانه انما يكون ذلك الفعل علة اذا كان صالحا له كالزنا والسرقه واذا كانت الثمنية والطعم ينبئان عن شدة الحاجة فلا يصلحان ان يكونا علة للحرمة والذى قال ان صاحب الشرع نص على الاشياء الاربعة قلنا قد نص على الاشياء الستة وعطف بعضها على البعض فينبغى ان تكون العلة فى الكل واحدة وذلك الجنس والقدر ثم الكيل والوزن اختلاف عبارة فى القدر كالصاع والقفيز ونحوه فاما اذا كانت العلة فى النقود الثمنية وفى سائر الاشياء الاربعة الطعم لم يستقيم عطف بعضها على البعض اذ لا موافقة بين الثمنية والطعم والذى قال القدر علة للخلاص لا كذلك قد بينا أن جواز البيع فى هذه الاموال أصل لحيث مفسد انما يفسد لوجود العلة المفسدة لذلك فاما جواز باعتبار الاصل لا باعتبار المخلص ولئن كان هذا مخلصا فهو مخلص فى حالة التساوى وعلة الربا فى حالة الفضل والشئ الواحد يتضمن حكمين في محلين كالنكاح يثبت الحل للمنكوحة والحرمة في أمها وانما جعلنا القدر مخلصا لان الخلاص عن الربا بالمساواة فى القدر وذلك لا يعرف الا بالكيل والوزن فكذلك الوقوع في الربا بالفضل على القدر وذلك لا يعرف الا بالكيل والوزن وربما يقول بعضهم ان الحفنة مقدرة الا أنه لا يمكن معرفة مقدارها الا بضم أمثالها اليها ولا تخرج به من أن تكون مقدارا كالصبرة وهذا فاسد فان المقدر لا يمكن معرفة مقداره فاذا ضم الى الحفنة أمثالها وكيلت يصير مقدار القفيز معلوما لا مقدار الحفنة بخلاف الصبرة فانها اذا فرقت جزاء وكيلت يصير مقدار الصبرة معلوما فأما علة ربا النساء أحد هذين الوصفين اما الجنس أو القدر ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم بعد الاشياء الستة واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فقد ألغي ربا النساء بعد انعدام الجنسية لبقاء أحد الوصفين والشافعى لا يخالفنا فيما هو العلة عنده أيضا وانما يخالفنا فى الجنسيه بناء على أصله ان الجنسيه شرط لا علة وسنبين هذا الفصل في الفصل الثانى ان شاء الله تعالى وعن ابراهيم قال أسلم ما يكال فيما يوزن وأسلم ما يوزن فيما يكال ولا تسلم بالوزن فيما يوزن ولا ما يكال فيما يكال واذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به واحدا باثنين يدا بيد ولا بأس به نسيئة وان كان من نوع واحد مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد يدا بيد ولا خير فى نسيئته ونقول أما قوله أسلم ما يكال فيما يوزن غير مجري على ظاهره بل المراد اذا كان الموزون مما يصلح ان يكون مسلما فيه

بان يكون مبيعا مضبوطا بالوصف حتى اذا أسلم الحنطة في الذهب والفضة لا يجوز عندنا وللشافعي قول في القديم ان ذلك يجوز بناء على مذهبه ان النقد يصلح أن يكون مبيعا حتى يتعين بالتعين فأما عند الذهب والفضة لا يصلح أن يكون مبيعا حتى يتعين بالتعيين والمسلم فيه مبيع فاذا لم يكن هذا مسلما . قال عيسى ابن إبان يكون هذا عقدا باطلا وكان أبو بكر الاعمش يقول انه بيع الحنطة بدراهم مؤجلة فيكون صحيحاً لان تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب وقد قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم مؤجلة وما ذكره عيسى أصح لان المعقود عليه في السلم المسلم فيه فانما يشتغل بتصحيح العقد في المحل الذي أوجبنا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه لتصحيحه في محل آخر لانهما لم يوجبا العقد فيه وقوله وأسلم ما يوزن فيما يكال مجرى على ظاهره فان إسلام المكيل في الموزون جائز على كل حال لانعدام الوصفين جميعاً اذ لاتفاق بين البدلين في الجنس ولا في القدر والموزون غير المكيل وقوله ولا تسلم مايوزن فيما يوزن غير مجرى على ظاهره أيضاً بل المراد اذا كانا متفقين في المعنى بان كانا مثمنين كالزعفران مع القطن فاما اذا كان مختلفين في المعنى فذلك جائز كما لو أسلم النقود في الزعفران أو الحديد أو القطن فانه يجوز والعراقيون من مشايخنا رحمهم الله يقولون الجواز للحاجة لان رأس المال يكون من النقود عادة والحاجة تمس الي اسلامها في الموزونات والمكيلات جميعاً ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل الشرعية ولسنا نقول به بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكما فان الوزن في النقود ليس نظير الوزن في الزعفران فان الزعفران يوزن بالامناء ويكون مثمناً يتعين في العقود والنقد يوزن بالصنجات ويكون ثمنا لا يتعين في العقد ومن حيث الحكم صفة الوزن يلزم في الزعفران حتى لو اشترى زعفرانا بشرط الوزن ليس له أن يتصرف فيه قبل أن يزنه ولا يلزم في النقود حتى لو باع شيئاً بدرهم بشرط الوزن كان له ان يتصرف فيه قبل أن يزنه فما كان هذا الا نظير الموزون مع المكيل فانهما استويا من حيث ان كل واحد منهما مقدر صورة ولكن لما اختلفا في المعنى والحكم جوز اسلام أحدهما في الآخر فكذلك النقود مع سائر الموزونات وقوله ولا ما يكال فيما يكال مجرى على ظاهره فان إسلام المكيل في المكيل لايجوز بحال لاتفاقهما في قدر واحد وقوله واذا اختلفا النوعان مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به واحداً باثنين يداً بيد هذا مجرى على ظاهره لانعدام

العلة المحرمة للفضل وقوله ولا بأس به نسيئة هذا غير مجرى على ظاهره ولكن المراد اذا كان ما يجعل مسلما فيه يصير مضبوطا بالوصف على وجه يلتحق بذكر الوصف بذوات الامثال حتى لو أسلم ثوبا في جوهرة أو درة لا يجوز وكذلك فى الحيوان عندنا وقوله وان كان من نوع واحد مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد هذا مجرى على ظاهره وهو متفق عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لا بأس ببيع النجيبة بالابل والفرس بالافراس يداً بيد وقوله لاخير فيه نسيئة هو قول علمائنا رحمهم الله فان الجنس عندنا يحرم النساء بانفراده حتى لو أسلم ثوباً هرويا فى ثوب هروى لا يجوز عندنا وعند الشافعى يجوز وكان مالك رحمه الله يقول إن اختلفا فى الصفة يجوز فكأنه يجعل اختلاف الجنس باختلاف الصفة ولو أسلم هرويا فى مروى جاز عندنا وعند ابن أبى ليلى لا يجوز فكأنه يجعل اختلاف الجنس باختلاف الاصل فاما اذا اتحد الاصل فالكل عنده جنس واحد أو باعتبار تقارب المنفعة يجعل الهروى والمروى جنسا واحداً وقد نقل ذلك عنه فى الحنطة والشعير أيضا أنهما من جنس واحد لتقارب المنفعة لكن هذا بعيد فان النبي صلى الله عليه وسلم عطف الشعير على الحنطة ثم . قال (واذا اختلفا النوعان فكذلك بيان أنهما جنسان) وكذلك المصنوع من أصل لا يكون جنسا للاصل كالقطن مع الثوب فكيف يكون جنسا لمصنوع آخر على هيئة أخرى من ذلك الاصل فعرفنا أن باتحاد الاصل لا تثبت المجانسة وباختلاف الصفة لا تنعدم المجانسة أيضا كما فى الاموال الربوية فالحنطة العفنة مع الحنطة الجيدة جنس واحد وكذلك السقى مع التجني والفارسى مع الدقل فى التمر جنس واحد مع اختلاف الوصف فأما الشافعى فانما بنى مذهبه على ماقلنا أن الجنسية عنده شرط وقد بينا فساد ذلك وعلى سبيل الابتداء يحتج بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فنفدت الابل فأمرنى أن اشترى بعيراً ببعيرين الى أجل وعن على رضى الله تعالى عنه انه باع بعيراً يقال له عصفور بعشرين بعيراً الى أجل وعن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه باع بعيراً بأربعة أبعرة الى أجل ولان هذا عقد جمع بين بدلين لو قوبل كل واحد منهما بجنسه عينا حل التفاضل بينهما فيجوز اسلام أحدهما في الآخر كالمروى مع المروى وتأثير هذا الكلام أن باعتبار التأجيل فى أحد البدلين يظهر التفاوت فى المالية حكماً والتفاوت في المالية حقيقة أكثر تأثيراً من التفاوت في المالية حكما فاذا كان التفاوت فى المالية في هذه

الاموال حقيقة لا أثر له في المنع من جواز العقد فالتفاوت حكما أو الى وهذا لان حكم الربا في خاص من الاموال وجعل الجنسية علة تؤدى الى تعميم حكم الربا فى كل مال فما من مال الا وله جنس فما كانت الجنسية الا نظير المالية ثم لا يجوز جعل المالية علة الربا فكذلك الجنسية وحجتنا في ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يحمل هذا علي النسيئة من الجانبين لان ذلك يستفاد بنهيه صلي الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ ولانه اذا قيل باع فلان عبده بالحيوان نسيئة فانما يفهم منه النسيئة فى البدل خاصة ومطلق الكلام محمول على ما يتفاهمه الناس وتأويل ما رووا من الا ثار أنه كان قبل نزول آية الربا وكان ذلك فى دار الحرب وعندنا لا يجوز الربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب فتجهيز الجيش وان كان فى دار الاسلام تقل الالات كما لوكان في دار الحرب لعزتها فى دار الاسلام يومئذ ولان النبي صلى الله عليه وسلم سوى بين الجنسية والقدر فى أول الحديث ثم ٠ قال(واذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد فقد أبقى ربا النساء لبقاء ما هو قريبه وهو الجنس فكان ذلك تنصيصا على ثبوب ربا النساء عند وجود الجنسية)لانه متى ثبتت المساواة بين الشيئين بالنص ثم خص جنس أحدهما بحكم كان ذلك تنصيصا علي ذلك الحكم فى الآخر كالرجل يقول اجعل زيداً وعمرا فى العطية سواء ثم يقول اعط زيداً درهما يكون ذلك تنصيصا على أن يعطى عمرا أيضاً درهما ولا يستقيم اعتبار ربا النساء بربا الفضل لاتفاقنا على ان ربا النساء أعم حتى يثبت فى بيع الحنطة بالشعير وان كان لا يثبت ربا الفضل وليس الجنس كالمالية لان جعل المالية علة تؤدى الى تعميم الربا في البيوع كلها لان البيع لا يجوز الا فى مال متقوم والشرع فصل بين البيع والربا فعرفنا أن المالية ليست بعلة فيه وليس فى جعل الجنسية علة تعميم الربا فى العقود كلها والقياس على أصول تنعدم فيها الجنسية باطل لان انعدام الحكم عند عدم العلة دليل صحة العلة لا دليل فسادها ولان إسلام الشيء فى جنسه يؤدى الى اخلاء العقد عن الفائدة والى أن يكون الشيء الواحد عوضاً ومعوضاً والى فضل خال عن العوض مستحق بالبيع وذلك باطل بيانه أنه إذا أسلم ثوبا هرويا فى ثوب هروى فانه يلزم تسليم رأس المال فى الحال ثم اذا حل الاجل يرد ذلك الثوب بعينه والمقبوض بحكم السلم فى حكم عين ما يتناوله العقد فلو جوزنا هذا العقد لم يكن مفيداً شيئاً ويكون الثوب الواحد عوضاً ومعوضاً واذا أسلم ثوبا هرويا فى ثوبين هرويين لوجوزنا

ذلك لكان إذا حل الاجل أخذ منه ذلك الثوب بعينه وثوبا آخر فالثوب الآخر يكون فضلا خالياً عن العوض مستحقا بالبيع وهو الربا بعينه قال (واذ أسلم الرجل فى الطعام كيلا معلوماً وأجلا معلوماوضربا من الطعام وسطاً أورديا أوجيداً واشترط المكان الذى يوفيه فيه فهوجائز). قال رحمه الله تعالى (إعلم بان السلم أخذ عاجل بآجل وهو نوع بيع لمبادلة المال بالمال اختص باسم) لاختصاصه بحكم بدل الاسم عليه وهو تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر كالصرف وقيل السلم والسلف بمعنى واحد وانما سمى هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان أوان البيع مابعد وجود المعقود عليه فى ملك العاقد وانما يقبل السلم فى العادة فيما ليس بموجود فى ملكه فلكون العقد معجلا على وقته سمى سلما وسلفا والقياس يأبى جوازه لانه بيع المعدوم وبيع ماهو موجود غير مملوك للعاقد باطل فبيع المعدوم أولى بالبطلان ولكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أشهد ان السلم المؤجل فى كتاب الله تعالى أنزل فيه أطول آية وتلى هذه الآية والسنة ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم ففى هذا دليل أنه جوزه للحاجة مع قيام السبب المعجز له عن التسليم وهو عد وجوده فى ملكه ولكن بطريق اقامة الاجل مقام الوجود فى ملكه رخصة لان بالوجود فى ملكه يقدر على التسليم وبالاجل كذلك فانه يقدر على التسليم إمابالتكسب فى المدة أو مجئ أوان الحصاد فى الطعام وفى الحديث عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين فقال صلواة الله تعالى عليه من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقد قررهم على أصل العقد وبين شرائطه فذلك دليل جواز العقد ثم الشرائط التى يحتاج الى ذكرها فى السلم عند أبى حنيفة سبعة (اعلام) الجنس فى المسلم فيه (واعلام النوع) (واعلام القدر) و(اعلام الصفة) و(اعلام الاجل) و(اعلام المكان) الذى يوفيه فيه فيماله حمل ومؤنة واعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على قدره والاصل فى هذه الشرائط الحديث الذى روينا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باعلام القدر بأن ترك إعلامه يفضي الى المنازعة التى تمنع البائع عن التسليم والتسلم فدل ذلك عن ان كل جهالة تفضى الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم يجب ازالتها بالاعلام وجهالة الجنس تفضى الى ذلك لانه اذا أسلم فى شئ

فرب السلم يطالبه باعلا الاشياء والمسلم اليه لا يعطى إلا أدنى الاشياء ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم فلا بد من اعلام الجنس لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام النوع فانه إذا أسلم اليه فى تمر فالمسلم اليه يعطيه الدقل ورب السلم يطالبه بالفارسي ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم فلا بد من اعلام النوع لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام الصفة لانه اذا أسلم اليه في الحنطة فرب السلم يطالبه بحنطة جيدة والمسلم اليه لا يسلم الا الردئ ويحتج كل واحد منهما باسم الحنطة فلا بد من بيان الصفة لقطع هذه الخصومة واعلام القدر منصوص عليه فى الحديث وجهالته تفضى الى المنازعة ولان المقصود بهذا العقد الاسترباح ولا يعرف ذلك الا بمعرفة مقدار المالية والمالية تختلف باختلاف الجنس والنوع والصفة والقدر فلا بد من اعلام ذلك كله ليصير ماهو المقصود لكل واحد منهما معلوما له فأما الاجل فهو من شرائط السلم عندنا وقال الشافعى الاجل يثبت ترفيها لا شرطا حتى يجوز السلم عندنا حالا في الموجود فأما فى المعدوم لا يجوز السلم الا مؤجلا واحتج في ذلك بالحديث ورخص في السلم فاثبت في السلم رخصة مطلقة واشتراط التأجيل فيه لا يكون زيادة على النص والمعنى فيه أنه صار معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه ترفيها لا شرطا كالبيع والاجارة وهذا لان المسلم فيه دين وشرط جواز العقد القدرة على التسليم وتسليم الدين بالمثل الموجود في العالم والظاهر من حال العاقل انه لا يقدم علي التزام تسليم مالا يقدر علي تسليمه فاذا قبل السلم فيما هو موجود في العالم فالظاهر انه قادر علي تسليمه وذلك يكفى لجواز العقد وان لم يكن قادراً علي التسليم فيما يدخل فى ملكه من رأس المال يقدر علي التحصيل والتسليم ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال علي رب السلم أولا قبل قبض المسلم فيه وبهذا فارق الكتابة الحالة . قال (فانى لا أجوز الكتابة الحالة فان العبد يخرج من يد مولاه غير مالك لشئ) فلا يكون قادرا على تسليم البدل وربما يدخل في ملكه بالعقد لا يقدر على التحصيل الا بمدة فلهذا لا أجوزه الا مؤجلا فأما المسلم اليه حر من أهل الملك قبل العقد فالظاهر قدرته على التسليم الا ان يكون معدوما في العالم فحينئذ لا يقدر على التسليم الا بوجوده في أوانه فلا يجوز السلم فيه الا مؤجلا وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر والمراد بيان أن الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من أراد الصلاة فليتوضأ

الا أن يكون المراد به اذا أسلم مؤجلا ينبغي أن يكون الاجل معلوما وفي قوله صلي الله عليه وسلم رخص في السلم ما يدل علي الاجل أيضا لان الرخصة في الشئ تيسير مع قيام المانع والمانع هو العجز عن التسليم فعرفنا أنه رخص فيه مع قيام العجز عن التسليم باقامة الاجل مقامه لان به يقدر علي التسليم اما بالتكسب أو بمجئ زمان الحصاد وهو كالرخصة في المسح على الخفين فان اقامة المسح مقام الغسل للتيسير وهو المعنى في قوله في المسئلة فانا نقول باع مالا يقدر على تسليمه عند وجوب التسليم فلا يجوز العقد كما لو قبل السلم في المعدوم حالا وبيان ذلك أن عقد السلم من عقود المفاليس فانه يكون بدون ثمن المثل ولو كان موجودا في ملكه لكان يبيعه بأوفي الاثمان ولا يقبل السلم فيه بدون القيمة ولا يقال انه انما يقبل السلم فيه لاسقاط مؤنة الاحضار والاراءة للمشترى فيه لان صاحب الشرع استثنى السلم من بيع ماليس عند الانسان وبالاجماع المراد بيع ماليس في ملكه فان مافي ملكه وان لم يكن حاضرا يجوز بيعه اذا كان المشترى رآه قبل ذلك وما ليس في ملكه وان كان حاضرا لا يجوز بيعه فعرفنا أن المراد قبول السلم فيما لا يقدر على تسليمه وبالعقد لا يصير قادرا علي التسليم لان العقد سبب للوجوب عليه لا له فلا تثبت به قدرته على التسليم وانما تكون قدرته بالاكتساب ويحتاج ذلك الى مدة فاذا كان مؤجلا لا يظهر المانع وهو عجزه عن التسليم واذا كان حالا يظهر المانع والدليل عليه أن بالاتفاق يجب تسليم رأس المال أولا فلو جاز أن يكون المسلم فيه حالا لم يجب تسليم رأس المال أولا لان قيضة المعاوضة التسوية بين المتعاقدين في التمليك والتسليم ويتضح هذا فيما اذا كان رأس المال عينا فان أول التسلمين في البدل الذى هو دين كالثمن في بيع العين والدليل عليه ان السلم اختص بالدين مع مشاركة العين الدين فيما هو المقصود فما كان ذلك الا لاختصاصه بحكم يختص به الدين وليس ذلك الا الاجل وبه يبطل قولهم ان السلم الحال أبعد عن الغرر من المؤجل لان السلم في العين أبعد عن الغرر من السلم في الدين ومع ذلك اختص السلم بالدين وهذا بخلاف الكتابة عندنا فان البدل في الكتابة معقود به لا معقود عليه والقدرة علي تسليم المعقود به ليس بشرط لجواز العقد كالثمن في المبيع فاما المسلم فيه معقود عليه والقدرة علي تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد كما في بيع العين ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان المولى لا يضيق عليه في المطالبة بالبدل وأما السلم عقد تجارة وهو مبنى على الضيق فالظاهر انه يطالبه بالتسليم عقيب العقد وهو عاجز عن ذلك فلهذا لم يجوزه

الا مؤجلا ولم يبين فى الكتاب أدنى الاجل فى السلم وذكر أحمد بن أبى عمران من أصحابنا رحمهم الله تعالى أن أدنى الاجل فيه ثلاثة أيام اعتباراً للاجل بالخيار الذى ورد الشرع فيه بالتقدير بثلاثة أيام وكان أبو بكر الرازى يقول أدنى الأجل فيه أن يكون أكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما فى العادة أكثر من نصف يوم ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال أدنى الاجل شهراً استدلالا بمسئلة كتاب الايمان اذا حلف المدين ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر برّ فى يمينه فاذا كان مادون الشهر فى حكم العاجل كان الشهر فما فوقه في حكم الآجل. فاما تعجيل رأس المال فنقول اذا كان رأس المال دراهم أو دنانير يكون التعجيل فيه شرطاً قياساً واستحسانا لان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى العقود فيكون هذا بيع الدين بالدين وذلك لا يجوز لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ يعنى النسيئة بالنسيئة فاما اذا كان رأس المال عروضاً هل يكون التعجيل شرطا القياس أن لا يكون شرطا وفى الاستحسان يكون شرطا وجه القياس ان العروض سلعة تتعين في العقود بخلاف الدراهم فلو لم يشترط التعجيل لا يؤدى الى بيع الدين بالدين وجه الاستحسان ان السلم أخذ عاجل بآجل والمسلم فيه آجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلا ليكون حكمه ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة ومن علماؤنا رحمهم الله تعالى من عبر وقال شرط جواز السلم اعلام قدر رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبعضهم عبر بعبارة أخرى شرط جواز السلم أن يكون المسلم فيه مضبوط الوصف معلوم القدر موجوداً من وقت العقد الى وقت التسليم فاما بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة من شرائط جواز السلم فى قول أبى حنيفة الآخر وكان يقول أولا ليس بشرط ولكن ان بين مكانا تعين ذلك المكان للايفاء وان لم يبين يتعين موضع العقد للايفاء وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وحجتهما في ذلك ان موضع العقد موضع الالتزام فيتعين لايفاء ما التزمه فى ذمته كموضع الاستقراض والاستهلاك وهذا لان المسلم فيه دين ومحله الذمة فانما يصير مملوكا لرب السلم في ذلك المكان والتسليم انما يجب فى الموضع الذى ثبت الملك له فيه ألا ترى أن من باع حنطة بعينها بالسواد يجب تسليمها موضع الحنطة لانه ملكها فى ذلك الموضع ولان أحد البدلين وهو رأس المال يجب

تسليمه فى موضع العقد فكذلك البدل الآخر لان العقد فى حكم مكان التسليم مطلق فيقتضى المساواة بين البدلين وبأن جاز تغييره بالشرط فذلك لا يدل على أنه غير ثابت بمطلق العقد ويجوز تغيره باشتراط الاجل والمطلق بمطلق البيع ثبت عقيب العقد ويجوز تغييره بشرط الخيار وتوجه المطالبة بتسليم الثمن ثابت بمطلق العقد عقيبه ثم يجوز تغييره باشتراط الاجل وأبو حنيفة يقول مكان الأيفاء مجهول وجهالته تفضى الى المنازعة فيجب التحرز عن ذلك باعلامه كزمان التسليم وانما قلنا ذلك لان موضع الالزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والغصب والاستهلاك والسلم لا يجوز الا مؤجلا فعرفنا انه لا يستحق التسليم عقيب العقد فيه بحالى وانما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لا ندرى أنه في أى مكان يكون ثم . قال(أرأيت لو عقد اعقد السلم فى السفينه فى لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل)هذا مالا يقوله عاقل والدليل عليه أن مكان العقد لو تعين لتسليم المسلم فيه لم يجز تغييره بالشرط كمكان البيع فى بيع العين فانه لو باع حنطة فى السواد على أن يسلمها في المصر لا يجوز العقد ولما أجاز هنا بيان مكان الأيفاء عرفنا ان موضع العقد غير متعين له وهذا بخلاف رأس المال فانه لما تعين مجلس العقد بتسليمه لم يجز تغييره بالشرط ثم هناك موضع العقد غير متعين ولكن الشرط تسليم رأس المال قبل الافتراق حتى لو مشيا فرسخا ثم سلم اليه رأس المال قبل أن يفارقه كان صحيحا فأما فيما لا حمل له ولا موءنة فلا خلاف أن بيان مكان الايفاء ليس بشرط ولكن عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى أظهر الروايتين يجب تسليمه فى موضع العقد لانه موضع الالتزام وفى رواية أخرى عنهما يسلم اليه حيث مالقيه وهو قول أبى حنيفة سواء بينا المكان أولم نبين لان الشرط الذى ليس بمفيد لا يكون معتبراً والمالية فيما لا حمل له ولا موءنه لا تختلف باختلاف الامكنة انما تختلف لعزة الوجود وكثرة الوجود فاما فيما له حمل ومؤنة تختلف ماليته باختلاف المكان فان الحنطة والحطب موجود فى المصر والسواد جميعاً ثم يشترى في المصر با كثر مما يشترى به في السواد وما كان ذلك الا لاختلاف المكان وقد بينا أن ما يختلف مالية المسلم فيه باختلافه فاعلامه شرط لجواز العقد وهذا الخلاف في فصول أربعة (أحدها) السلم(والثانى) اذا باع عبدا بحنطة موصوفة فى الذمة الي اجل يشترط بيان مكان الايفاء لجواز العقد عند أبى حنيفة وعندهما لا يشترط بيان مكان الايفاء (والثالث) اذا استأجر

داراً بماله حمل ومؤنة دينا في ذمته عند أبي حنيفة رحمه الله يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين موضع الدار للاستيفاء لا موضع العقد (والرابع) اذا اقتسما داراً وشرط أحدهما على صاحبه شيئاً له حمل ومؤنة فهو على هذا الخلاف ويأتي بيان ذلك في الاجارات والقسمة ان شاء الله تعالى فاما اعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على قدره كالمكيل والموزون فشرط السلم عند ابي حنيفه وعندهما ليس بشرط والاشارة الى عينه تكفي وكذلك اذا كان رأس المال عدديا متقاربا كالفلوس والجوز والبيض وجه قولهما ان المقصود من اعلام القدر القدرة على التسليم وانقطاع المنازعة وذلك حاصل بالاشارة الى العين فيغنى ذلك عن اعلام القدر كما في الثمن والأجرة وكما في المضاربة لو دفع اليه دراهم غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف كان جائزاً والدليل عليه أن رأس المال لو كان ثوبا لا يشترط إعلام ذرعانه والذرع في المذروعات للاعلام بمنزلة القدر في المقدرات الا ترى أن في السلم فيه كما يشترط اعلام القدر يشترط اعلام الذراع اذا كان ثوبا ثم في رأس المال لا يشترط اعلام الذرع في المذروعات لكونه عينا فكذلك لا يشترط اعلام القدر في المقدرات ومذهب أبي حنيفة مروى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ذكره في كتاب الصلح وقول الفقيه من الصحابة رضي الله تعالى عنهم مقدم علي القياس والمعنى فيه أن هذا مقدر يتناوله عقد السلم فلا بد من اعلام قدره كالسلم فيه وتحققه أن جهالة قدر رأس المال تؤدى الى جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعد ذلك زيوفا فيرده ولا يستبدل له في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ماردوا لا لم يكن مقدار رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي واذا كان مقدار رأس المال معلوما بوزن المردود فيعلم انه في كم انتقض العقد وما يؤدى الى جهالة المسلم فيه يجب الاحتراز عنه وان كان ذلك موهوما ألا ترى انه لو أسلم في مكيل بمكيال رجل بعينه لا يجوز العقد لانه يتوهم هلاك ذلك المكيال وهو مخالف لغيره من المكاييل فاذا هلك صار مقدار المسلم فيه مجهولا فكذلك هنا يجب التحرز عن الجهالة بأعلام مقدار رأس المال بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرعان في الثوب المعين صفة ولهذا لو اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع فوجده أحد عشر ذراعا تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة أذرع لا يحط عنه شيئا من الثمن فالمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان فيشترط فيه اعلامه ثم لا يتصور استحقاق ذرع بعينه من الثوب وانما يتصور استحقاق

النصف أو الثلث وذلك لا يؤدى الى جهالة المسلم فيه وان لم يكن معلوم الذرع بخلاف القمار على ما بينا وانما لم يذكر فى جملة الشرائط تعجيل رأس المال فى المجلس لانا عددنا الشرائط التى يحتاج الى ذكرها فى العقد وتعجيل رأس المال ليس من ذلك فى شئ لان ذلك شرط بقاء العقد لا شرط انعقاده صحيحا فان العقد بينهما لازم قبل تعجيل رأس المال مادمافي المجلس فلهذا لم يذكره من جملة الشرائط . قال (واذا شرط طعام قرية بعينها أو أرض خاصة لا يبقى طعامها فى أيدى الناس فالسلم فاسد) لما روى أن زيد بن شعبة أسلم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى التمر فقال أسلمت اليك فى تمر حائط فلان فقال صلى الله عليه وسلم أما حائط فلان فلا أسلم الى فى تمر جيد وفى مثله قال صلى الله عليه وسلم أرأيت لو أذهب الله ثمرته بم يستحل أحدكم مال أخيه لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وفى هذا اشارة الى المعنى وهو ان قدرة العاقد على التسليم عند وجوب التسليم شرط لجواز العقد ولا يعلم قدرته على التسليم عند حلول الاجل الا بوجود الثمار فى تلك النخلة أو الحائط الذى عينه ووجود ذلك موهوم وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم وكذلك اذا عين أرضا لا يبقى طعامها فى أيدى الناس فقدرته على التسليم عند وجوب التسليم موهوم . قال (ولا بأس بان يأخذ بعض رأس ماله وبعض ما أسلم فيه اذا حل الاجل عندنا) وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما وكان عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لا يجوز ذلك وبه أخذ ابن أبى ليلى . قال (واذا أخذ بعض رأس ماله فسد العقد ويسترد ما بقى من رأس المال) لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك فاذا أخذ بعض كل واحد منهما فلم يأخذ لا هذا ولا ذاك فلا يتمكن منه شرعا ولأنه حين أخذ بعض رأس المال فقد اختار فسخ العقد فينفسخ فى الكل وحجتنا فى ذلك ان أخذ رأس المال إقالة ولو أقاله فى الكل جاز فلذلك اذا أقاله فى البعض يجوز أيضا كما في بيع العين وتأويل الحديث أن النهى عن أخذ شئ آخر سوى رأس المال والمسلم فيه وأنه فى هذا الموضع ما أخذ غير رأس المال وغير المسلم فيه وانما يكون ذلك عند الاستبدال وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال ذلك المعروف الحسن الجميل وكان يكفيه أن يقول جائز وانما ذكر هذا اللفظ لان السلم بدون ثمن المثل يكون عادة والمسلم اليه يندم عند محل الاجل وقال صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثراته يوم القيامة إلا أنه لو أقاله فى الكل فات مقصود رب السلم وهو

الربح فأقاله في البعض انتدابا الى ما ندب اليه واستوفى بعض المسلم فيه ليحصلا مقصودهما في الربح ففيه النظر لهما وهو المعروف الحسن الجميل. قال (والسلم جائز فيما يكال أو يوزن مما لا ينقطع من أيدى الناس) والاصل فيه ان كل ما كان مضبوطا بوصفه معلوما بقدره موجودا من وقت عقده الى حين أجله يجوز السلم فيه ومالا فلا وقيل كل ما يمكن أن يؤتى على حصر متقاربة ويكون مقدور التسليم يجوز السلم فيه وقيل كل ما يمكن معرفة كميته اجتهادا وكيفيته ضرورة يجوز السلم فيه والمكيلات والموزونات بهذه الصفة. قال (ولا خير فى السلم فى الرطبة ولا فى الحطب حزما ولا جرزا وأوقارا لان هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغلظه فان الاوقار تختلف وبسبب هذه الجهالة تمكن المنازعة بينهما وقد بينا أن كل جهالة تفضي الى المنازعة فهي مفسدة للعقد وان عرف ذلك فهو جائز) معناه اذا بين طول ما تشد به الحزمة أنه ذراع أو شبر فان كان ذلك على وجه لا يتفاوت فحينئذ يجوز السلم لكون المسلم فيه معلوماً مقدور التسليم. قال (ولا خير فى السلم فى جلود الابل والبقر والغنم عندنا) وقال مالك بانه يجوز لانه مقدور التسليم معلوم المقدار بالوزن والصفة بالذكر ولكنا نقول الجلود لا توزن عادة ولكنها تباع عدداً وهى عددية متفاوتة فيها الصغير والكبير فلا يجوز السلم فيها وفي الحاصل هذا مبنى على السلم فى الحيوان فقد قامت الدلالة لنا على أن السلم فى الحيوان لا يجوز فكذلك فى أبعاض الحيوان ولهذا لا يجوز السلم في الاكارع والرؤس وكذلك لا يجوز السلم فى الأدم والورق لانه مجهول فيه الصغير والكبير الا أن يشترط من الورق والصحف والأدم ضربا معلوم الطول والعرض والجودة فحينئذ يجوز السلم فيه كالثياب وكذلك الأدم اذا كان يباع وزنا فانه يجوز السلم فيه بذكر الوزن اذا كان على وجه لا تتمكن المنازعة بينهما فى التسليم والتسلم. قال (ولا خير فى السلم فى شئ من الحيوان عندنا) وعند الشافعي يجوز اذا بين الجنس والنوع والصفة والسن واحتج فى ذلك بما روينا من الآثار أن النبي صلى الله عليه وسلم استقرض بكراً وقضاه رباعياً وقال خيركم أحسنكم قضاء والسلم أقرب الى الجواز من الاستقراض فاذا ثبت جواز استقراض الحيوان بهذا الحديث ثبت جواز السلم فيه بطريق الأولى والمعنى فيه أنه مبيع معلوم مقدور التسليم فيجوز السلم فيه كالثياب والمكيلات والموزونات وبيان الوصف انه يجوز بيعه عينا والدليل على انه معلوم فانه اذا سمى الابل صار الجنس معلوما واذا قال حيوان

صار النوع معلوما واذا قال جذع أوثنى يصير السن معلوما واذا قال ثمين تصير الصفة معلومة واعلام الشئ من الاعيان بهذه الاشياء وشرط جواز العقد اعلام العين ولا يعتبر بعد ذلك جواز نفع فى المالية كما في الذبائح والثياب الفاخرة والدليل عليه أن بنى اسرائيل استوصفوا البقرة فوصفها الله تعالى لهم وادركوها بتلك الصفة حيث قالوا الآن جئت بالحق وقال صلى الله عليه وسلم لا يصف الرجل الرجل بين يدى امرأته حتى كأنها تنظر اليه فقد جعل الموصوف من الحيوان كالمرئى والدليل عليه انه يثبت في الذمة مهراً وان الدعوى والشهادة فى الحيوان تسمع بذ كر الصفة فدل أنها تصير معلومة بذ كر الوصف بخلاف اللآلئ والجواهر فالسلم فى الصغار من اللالئ يجوز وزنا أما الكبار منها فلا يمكن إعلامها لكون المقصود التدوير والصفا والماء وليس لذلك حد معلوم يوقف عليه فاذا بالغ فى بيانه يصير بذلك عديم النظير وفي مثله لا يجوز السلم ولهذا لا يثبت مهراً فى الذمة وحجتنا فى ذلك حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم نهى عن السلم فى الحيوان وفى الكتاب، قال (بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه) وانما فسر هذا الحديث فى أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضى الله تعالي عنه دفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فأسلمها زيد الي عتويس بن عرقوب فى قلانص معلومة فقال عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه اردد مالنا لا نسلم أموالنا فى الحيوان وقد روينا عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه انه قال ان من الربا أبوابا لا يكدن يخفين على أحد منها السلم في السن وقد بينا تأويل آثارهم وما روى انه استقرض بكراً فالمراد استعجل فى الصدقة ثم لم تجب الزكاة على صاحبها فردها رباعياً أو استقرض لبيت المال وكما يجوز أن يثبت لبيت المال حق مجهول يجوز أن يثبت ذلك علي بيت المال أيضا والمعنى فيه انه أسلم فى مجهول فلا يجوز كما لو أسلم فى الحلقات أو الجواهر وهذا لان المسلم فيه مبيع وشرط جواز العقد القدرة علي التسليم ولا يوجد ذلك اذا كان المسلم فيه مجهولا وبيان الوصف ان بعد ذ كر الاوصاف التى يشترطها الخصم يبقى تفاوت عظيم فى المالية فانك تجد فرسين مستويين فى السن والصفة ثم تشترى أحدهما بأضعاف ما تشترى به الآخر لتفاوت بينهما فى المعانى الباطنة كالهملجة وشدة العدو وكذلك فى البعيرين وهذا فى بنى آدم لا يخفى فان العبدين والأمتين يتساويان فى السن والصفة ويختلفان فى المالية لتفاوتهما فى الذهن

والكياسة وفيه يقول القائل

رب واحد يعدل الفا زائداً وألوف تراهم لا يساوون واحداً

وكما أن العين مقصود فالمالية أيضا مقصودة بل أ كثر لان المقصود هو الاسترباح وذلك بالمالية يكون فاذا كان الحيوان بذكر الاوصاف لا يلتحق بذوات الامثال فى معنى المالية قلنا لا يجوز السلم فيها بخلاف الثياب فانها مصنوع بنى آدم فما لم يكن معلوما لهم لا يتمكنون من اتخاذها والثياب اذا نسجت فى منوال واحد على هيئة واحدة لا تتفاوت فى المالية الا يسيراً ولا معتبر بذلك القدر كالتفاوت بين الجيد والردى في الحنطة في المالية فأما الحيوان مصنوع الله تعالى وذلك يكون علي ماير يده فقد يكون علي وجه لا نظير له ولو بالغ فاستقصى في بيان وصفه يصير عديم النظير وذلك لا يجوز السلم فيه بالاتفاق ويوضحه ان أقرب الحيوانات الي الثياب الغنم وما هو المقصود من الغنم غير مرئى بل هو تحت الجلد ويقع فيه تفاوت عظيم وما هو المقصود فى الثياب ظاهر مرئى وقد ذكر عمرو بن أبي عمرو عن محمد رحمهما الله تعالى قال قلت له انما لا يجوز السلم في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف . قال (لا فانا نجوز السلم في الذبائح ولا نجوز في العصافير) ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الذبائح ولكنه للسنة وانما ذكر الله تعالى لبنى اسرائيل الاوصاف الظاهرة وذلك يمكن أعلامه عندنا ثم كان المقصود التشديد عليهم لما استقصوا فى الاستيصاف هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وانما نهى رسول الله صلي الله عليه وسلم عن الاستيصاف لخوف الفتنة وذلك يقع بالاوصاف الظاهرة وكذلك سماع الدعوى والشهادة لان الاوصاف الظاهرة منها تصير معلومة وثبوته فى الذمة مهر الكون النكاح مبنياً على التوسع فان المقصود به شئ آخر سوى المالية بخلاف السلم ولهذا يجوز من غير بيان الوصف هناك . قال (ولا بأس بالسلم في الثياب كلها بعد ان يشترط ضربا معلوما وطولا وعرضاً بذارع معلوم واجلا وصفة معلومة) لان مقدار المالية بذكر هذه الاوصاف يصير معلوماً عادة والتفاوت الذى يقع بعد هذا يسير واليسير من التفاوت غير معتبر لانه لا تمكن بسببه منازعة مانعة من التسليم والتسلم ولا يشترط الوزن بخلاف الحرير فانه اذا أسلم في الحرير ينبغى أن يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغي ان يشترط الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربما يأتى وقت حلول الاجل يقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم يقيناً انه

لم يرد به قطع الحرير. قال (وكل شئ ينقطع من أيدي الناس فلا خير في السلم فيه) وهذه المسئلة على أربعة أوجه (أحدها) أن يكون المسلم فيه موجوداً عند العقد منقطعا عن أيدى الناس عند حلول الاجل فلهذا لايجوز بالاتفاق لان السلم اليه بالعقد يلتزم التسليم عند حلول الاجل فاذا لم يكن مقدور التسليم عند ذلك لا يجوز العقد (الثانى) ان يكون منقطعا وقت العقد موجوداً فى أيدى الناس عند حلول الاجل فهذا لايجوز عندنا ويجوز عند الشافعى (الثالث) أن يكون موجوداً عند العقد وعند حلول الاجل ولكنه ينقطع عن أيدى الناس فيما بين ذلك فهذا لايجوز عندنا وعلى قول مالك والشافعى رحمهما الله (الرابع) أن يكون موجوداً من وقت العقد الى وقت المحل على وجه لاينقطع فيما بين ذلك فيكون العقد صحيحا بالاتفاق وحجتهم فى ذلك حديث عبدالله بن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين وربما قال ثلاث سنين فقال من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ومعلوم أن الثمار الرطبة لاتبقى الى هذه المدة الطويلة ومع هذا قرهم على السلم فيها والمعنى فيه وهو ان المسلم فيه معلوم مقدور التسليم عند وجوب التسليم فيجوز العقد كما لو كان موجوداً من وقت العقد الى وقت المحل وبيان الوصف أن وجوب التسليم بحكم العقد عند حلول الاجل وعند ذلك هو موجود فى العالم والقدرة على تسليم الدين بوجود جنسه فى العالم ولا معنى لقول من يقول من الجائز أن يموت المسلم اليه عقيب العقد فيحل الاجل لان هذا موهوم ولايبنى العقد على الموهومات الا ترى أن اعتبار هذا الموهوم يؤدى الى الحلول أو جهالة الاجل وذلك مبطل لعقد السلم وان كان موجوداً في الحال فدل أنه لايعتبر ذلك وكذلك ان كان ينقطع فيما وراء ذلك المحل يجوز العقد وان كان يتوهم أن يتأخر التسليم الى ان ينقطع وليس هذا نظير مالوعين مكيالا أو قيا تخالف مابين الناس لان بطلان العقد ليس باعتبار هلاك ماعينه بل باعتبار جهالة قدر المسلم فيه كتعيين المسلم فيه لا لانه يتوهم أو يصيب ثمار تلك النخلة آفة والدليل أن وجود السلم فيه في مكان العقد ليس بشرط بجواز العقد فكذلك في زمان العقد لاالتسليم لا يتأتى الا بمكان أو زمان فكل يسقط اعتبار وجوده فى مكان العقد فكذلك فى زمان العقد وحجتنا فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لاتسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها وفى الحديث المعروف أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ولم يرد به النهى عن بيعها سلما والمعنى فيه أن قدرة العاقد

على تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد كما في بيع العين وهذا لان الملتزم للتسليم هو العاقد فيشترط قدرته على التسليم ولا يوجد ذلك اذا كان المسلم فيه معدوما في الحال لان العاقد لا يقدر على تسليمه الا بايصال حياته وأن ذلك الشيء وايصال حياته بأوان الوجود موهوم وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم فان قيل حياته معلومة في الحال والاصل بقاؤه حيا الى ذلك الوقت وانما الموت موهوم قبله قلنا نعم ولكن بقاؤه حيا الى ذلك الوقت باستصحاب الحال فيكون معتبراً في ابقاء ماله على ملكه لا في توريثه من مورثه فبهذا الطريق لا تثبت قدرته على التسليم الا أن يكون موجوداً في الحال حتى تكون حياته متصلة بأوان ذلك الشيء ثم عجزه بالموت أو بآخر التسليم الى ان ينقطع موهوم فلا يعتبر ذلك في افساد العقد يقرر ان ما بعد العقد بمنزلة حالة المحل لان زمان المحل وقت وجوب التسليم بشرط بقائه حيا الى ذلك الوقت وذلك موهوم وما بعد العقد وقت وجوب التسليم بشترط موته وذلك موهوم أيضا فاستويا من هذا الوجه ثم يشترط الوجود وقت المحل بالاتفاق فلذلك يشترط الوجود من وقت العقد الى وقت المحل بخلاف ماوراء المحل لان ذلك ليس بزمان وجوب التسليم ابتداء وانما هو زمان بقاء ما وجب من التسليم ولا يعتبر في حالة البقاء ما يعتبر في حالة الابتداء كخلو المحل عن الردة والعدة في النكاح والشهود تعتبر عند ابتداء العقد لا عند البقاء واعتبار الزمان بالمكان ساقط لانه يتحقق نقله من مكان الى مكان فبانعدامه في مكان العقد لا تنعدم القدرة على التسليم ولا يتحقق نقله من زمان الى زمان فتنعدم القدرة على التسليم لعدم الوجود في زمان العقد الا ترى انه لا يشترط وجوده في المكان الذى جعلاه محل التسليم ويشترط وجوده في زمان المحل وما افترقا الا لما قلنا واذا كان المسلم فيه موجودا من وقت العقد الى وقت المحل ثم لم يأخذه بعد محل الاجل حتى انقطع فرب السلم بالخيار ان شاء أخذ رأس المال وان شاء صبر حتى يجيء حينه فيأخذ ما أسلم فيه عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وقال زفر يبطل العقد ويسترد رأس المال لان الانقطاع من أيدى الناس في العجز عن تسليم الدين بمنزلة هلاك العين في العجز عن التسليم ولو هلك المبيع في بيع العين قبل التسليم بطل به البيع فكذلك اذا انقطعت من أيدى الناس وقاس بما لو اشترى بفلوس شيئاً فكسدت قبل القبض يبطل العقد لهذا المعنى فكذلك اذا انقطع المسلم فيه من أيدى الناس وحجتنا في ذلك انه يتعذر تسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيتخير فيه

العاقد كما لو أبق العبد المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه دين وبقاء الدين بقاء محله
ومحل الدين انما هو الذمة فكان المعقود عليه باقيا ببقاء الذمة ولكن تأخر تسليمه الى أوان
وجوده وفيه يعتبر شرط العقد فيثبت للعاقد الخيار بين أن يفسخ العقد ويسترد رأس المال
وبين أن يصبر حتى يأتى أوانه فيأخذ المسلم فيه وبه فارق هلاك العين فالمعقود عليه هناك
يفوت أصلا وكذلك الفلوس اذا كسدت فان العقد انما تناول فلوسا هى ثمن فبعد الكساد
لا يبقى ثمنا أصلا يوضحه أن مايكسد من الفلوس لا يروج بعد ذلك أو لا يدرى متى يروج
فلم يكن للقدرة فيه على التسليم أوان معلوم فلهذا يبطل العقد هنا لادراك الثمار للقدرة على
التسليم أوان معلوم فيخير رب السلم ان شاء رضى بالتأخير وان شاء فسخ العقد وأخذ رأس
ماله . قال ولا خير فى السلم فى الرمان والسفرجل والبطيخ والقثا والخيار وما أشبه ذلك مما
لا يكال ولا يوزن) لانه يختلف فيه الصغير والكبير فلا يمكن أن يؤتى على حصر متقاربة وأصل
هذا الجنس مروى عن أبي يوسف . قال (مايتفاوت آحاده في القيمة فهو عددي متفاوت لا يجوز
السلم فيه عدداً) ومالا يتفاوت آحاده فى القيمة وان ما يتفاوت أنواعه فهو عددى متفاوت
لا يجوز السلم فيه عدداً والرمان والبطيخ تتفاوت فى المالية آحاده والباذنجان وما أشبه ذلك
لا يتفاوت آحاده فى المالية وعلى هذا الأصل يجوز السلم في البيض والجوز عدداً لان آحاده
في المالية لا تتفاوت فانك لا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين وانما تتفاوت أنواعه فى
المالية وذلك التفاوت يزول بذكر العد فى العدديات كالقدر فى المقدرات وروى الحسن
عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه لا يجوز السلم في بيض النعام لانه تتفاوت آحاده فى
المالية وعلى قول زفر لا يجوز السلم فى البيض والجوز عدداً لان فيه الصغير والكبير وتجرى
فيه المنازعة بينهما فى التسليم والتسلم وانما يجوز السلم فى البيض وزنا وفى الجوز كيلا
بعد أن يكون بمكيال معروف له ونحن نجوز السلم فيه كيلا أيضا لانه يكال تارة ويعد
أخرى فتنقطع فيه المنازعة بينهما بذكر الكيل كما ينقطع بذكر العدد . قال (ولا بأس بالسلم في
الفلوس عدداً لانه عددي متقارب أو هى أمثال متساوية قطعا مادامت متساوية رائجة لسقوط
قيمة الجودة منها باصطلاح الناس وذكر أبو الليث الخوازم عن محمد انه لا يجوز السلم فى الفلوس
لانها ثمن مادامت رائجة والمسلم فيه مبيع فما هو ثمن لا يجوز ان يكون مسلما فيه كالذهب والفضة
وبعد الكساد هي قطع صفار موزنة فلا يجوز السلم فيها عدداً ولكن ماذكره في الكتاب

أصح لان صفة الثمنية في الفلوس عارضة باصطلاح الناس والمتعاقدان أعرض عن هذا الاصطلاح حين عقد السلم وما أعرض على الاصطلاح على كونه عدديا ولكن ليس من ضرورة خروجه في حقهما من أن يكون ثمنا خروجه من أن يكون عدديا كالجوز والبيض فاما الذهب والفضة ثمن باصل الخلقة فلا ينعدم ذلك بجعلهما اياه مبيعا ألا ترى أن الفلوس تروج تارة وتكسد أخرى وتروج في ثمن الخسيس من الاشياء دون النفيس بخلاف النقود ولا خير في السلم في اللحم لانه مختلف في قول أبي حنيفة ولا بأس به في قول ابن أبي ليلى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا أسلم في موضع منه معلوم وسمى صفة معلومة فهو جائز وقيل لا خلاف بينهما وبين أبي حنيفة بل جواب أبي حنيفة فيما اذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوز ان ذلك وجوابهما فيما اذا بين منه موضعا معلوماً وأبو حنيفة يجوز ذلك والاصح ان الخلاف ثابت وان عند أبي حنيفة لا يجوز السلم فيه وان بين منه موضعا معلوما وجه قولهما انه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات وبيان الوصف أن الناس اعتادوا بيعه وزنا ويجوز استقراضه وزنا ويجرى فيه الربا بعلة الوزن ثم الموزون المثمن معتبر بالمكيل المثمن ويجوز السلم فيه وان اشتمل على ماهو مقصود وعلى ما ليس بمقصود كالتمر فما فيه من النوى غير مقصود ولا يمنع ذلك جواز السلم فكذلك ما في اللحم من العظم لان كل واحد منهما ثابت باصل الخلقة والدليل عليه جواز السلم في الألية مع ما فيها من العظم وكذلك يجوز السلم في الشحم لانه موزون فكذلك في اللحم ولابي حنيفة طريقان (أحدهما) ان اللحم يشتمل على ماهو المقصود وعلى ماليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ماهو المقصود بتفاوت ماليس بمقصود منه ألا ترى أنه تجرى المماكسة بين البائع والمشترى في ذلك فالمشترى يطالبه بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا نوع من الجهالة والمنازعة بينهما لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن بخلاف النوى الذى في التمر فالمنازعة لا تجرى في نزع ذلك وكذلك العظم الذى في الالية وعلى هذا الطريق اذا أسلم في لحم منزوع العظم يجوز عند أبي حنيفة وهو اختيار ابن شجاع والطريق الآخر أن اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلاء وبكثرة الكلاء والسلم لا يكون الا مؤجلا فلا يدرى ان عند حلول الحول على أى صفة تكون وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستقراض فالقرض لا يكون الا حالا وفي الحال

صفة السمن والهزال معلومة وبخلاف الشحم والألية فالتفاوت فيهما من حيث القلة والكثرة وبذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق منزوع العظم سواء وهو الاصح. قال (ولا خير في السلم في السمك الطرى في غير حينه) لانه ينقطع عن أيدي الناس ولانه مختلف فالنكتة الاولى تدل على أنه اذا أسلم في حينه يجوز والنكتة الثانية تمنع من ذلك وحاصل الجواب أن السلم فيه في غير حينه لا يجوز وزنا ولا عدداً وفي حينه يجوز وزنا ولا يجوز عدداً لان فيه الصغير والكبير الا أن الناس اعتادوا بيعه وزنا والتفاوت في المالية ينعدم بذكر الوزن وأبو حنيفة يفرق بين هذا وبين السلم في اللحم لما بينا أن العظم ليس بمقصود من اللحم حتى يجرى المماكسة في نزعه فانه يشتمل على السمن والهزال وذلك لا يوجد في السمك وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ان الكبار من السمك الذي يقطع لا يجوز السلم فيها وزنا بمنزلة السلم في اللحم فانه اذا كان يقطع تجرى المماكسة في نزع العظم منه وتختلف رغائب الناس باختلاف الموضع منه فاما السمك المالح فلا بأس بالسلم فيه وزنا معلوما ولا خير فيه عدداً أما الصغار منه فانه يباع وزنا ولا سمن له وهو مما لا ينقطع عن أيدى الناس فيجوز السلم فيه وزنا وفي الكبار لا يجوز السلم عدداً للتفاوت ويجوز وزنا وعن أبي يوسف أنه لا يجوز ذلك بخلاف اللحم فهناك يتمكن من اعلام موضع الخبث أو الطهر ولا يتأتى ذلك في السمك فلا يجوز السلم فيه وزنا. قال (واذا أسلم في الجذوع ضربا معلوماً وسمى طوله وغلظه وأجله والمكان الذى يوفيه فيه فهو جائز) لانه مذروع معلوم كالثياب وكذلك الساج وصنوف العيدان والخشب والقصب واعلام الغلظ في القصب باعلام مايسد به الظن بشبر أو ذراع أو نحو ذلك فعند ذلك لا تجرى المنازعة بينهما. قال (واذا استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستا أو كوزاً أوآنية من أوانى النحاس فالقياس ان لا يجوز ذلك) لان المستصنع فيه مبيع وهو معدوم وبيع المعدوم لا يجوز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ثم هذا في حكم بيع العين ولو كان موجوداً غير مملوك للعاقد لم يجز بيعه فكذلك اذا كان معدوما بل أولى ولكنا نقول نحن تركنا القياس لتعامل الناس في ذلك فانهم تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير أصل من الاصول كبير لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقال صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتى على ضلالة

وهو نظير دخول الحمام بأجر فانه جائز لتعامل الناس وان كان مقدار المكث فيه ومايصب من الماء مجهولا وكذلك شرب الماء من السقا بفلس والحجامة بأجر جائز لتعامل الناس وان لم يكن له مقدار فما يشترط أن يصنع من الكنة على ظهره غير معلوم وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم استصنع خاتما واستصنع المنبر فاذا ثبت هذا يترك كل قياس فى مقابلته وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة وانما ينعقد العقد بالتعاطى اذا جاء به مفروغا عنه ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما والأصح انه معاقدة فانه أجرى فيه القياس والاستحسان والمواعيد تجوز قياسا واستحسانا ثم كان أبو سعيد البردعي يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع اشتغال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه والاديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل والاصح أن المعقود عليه المستصنع فيه وذكر الصنعة لبيان الوصف فان المعقود هو المستصنع فيه ألا ترى انه لو جاء به مفروغا عنه لامن صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه كان جائزا والدليل عليه أن محمدا قال اذا جاء به مفروغا عنه فللمستصنع الخيار لانه اشترى شيئا لم يره وخيار الرؤية انما يثبت فى بيع العين فعرفنا أن المبيع هو المستصنع فيه. قال(واذا عمله الصانع فقبل أن يراه المستصنع باعه يجوز بيعه من غيره)لان العقد لم يتعين فى هذا بعد ولكن اذا أحضره ورآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى مالم يره وقال صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وعن أبي يوسف قال اذا جاء به كما وصفه له فلا خيار للمستصنع استحسانا لدفع الضرر عن الصانع فى افساد أدمه وآلاته فربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة فلدفع الضرر عنه قلنا بانه لا يثبت له الخيار وفرق فى ظاهر الرواية بين هذا والسلم. وقال لافائدة فى اثبات الخيار فى السلم لان المسلم فيه دين فى الذمة واذا رد المقبوض عاد دينا كما كان وهنا اثبات الخيار مقيد لانه مبيع عين فبرده ينفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله ويوضح الفرق أن اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف فى السلم فيه مقام الرؤية فى بيع العين فاما إعلام العين فتمامه بالرؤية والمستصنع فيه مبيع عين فلهذا يثبت فيه خيار الرؤية. قال(فان ضرب لذلك أجلا وكانت تلك الصناعة معروفة فهو سلم)في قول ابى حنيفة تعتبر فيه شرائط السلم من قبض رأس المال فى المجلس ولا خيار فيه لرب السلم اذا أحضره المسلم اليه وهو عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى استصناع علي حاله لانه بدون ذكر الاجل عقد

جائز غير لازم فبذكر الاجل فيه لايصير لازما لعقد الشركة والمضاربة وهذا لان ذكر الاجل تيسر فيه وتأخير المطالبة فلا يتغير به العقد من جنس الى جنس آخر ولو كان الاستصناع بذكر الاجل فيه يصير سلما لصار السلم بحذف الاجل منه استصناعا ولو كان هذا سلما لكان سلما فاسداً لانه شرط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم وأبو حنيفة يقول هذا مبيع دين والمبيع الدين لا يكون الا سلما كما لو ذكر لفظة السلم وبيانه ماذكرنا ان المستصنع فيه مبيع والاجل لا يثبت الا فى الديون فلما ثبت فيه الاجل هنا عرفنا أنه مبيع دين فتأثيره ان المتعبر ماهو المقصود وبه يختلف العقد لاباعتبار اللفظ الا ترى انه لو قال ملكتك هذا العين بعشرة دراهم كان بيعا ولو قال بسكنى هذا الدار شهراً كانت إجارة فعرفنا أن المعتبر ماهو المقصود ثم السلم أقرب الي الجواز من الاستصناع فان كل واحد منهما مستحسن ولكن الآثار فى السلم مشهورة وهو جائز فيما للناس فيه تعامل وفيما لاتعامل فيه فكان الاصل فيما قصداه السلم إلا إذا تعذر جعله سلما بان لم يذكرا فيه أجلا فحينئذ جعل استصناعا فاما اذا أمكن جعله سلما بأن ذكر الاجل يجعل سلما ولان الاجل مؤخر للمطالبة ولا يكون ذلك الا بعد لزوم العقد واللزوم فى السلم دون الاستصناع فثبوت الاجل فيه دليل علي انه سلم وذكر الصنعة لبيان وصف المسلم فيه ولهذا لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته يجبر على القبول وبهذا تبين فساد قولهم انه سلم شرط فيه صنعة صانع بعينه وما قالا بأن السلم بحذف الاجل لا يصير استصناعا يشكل بالمتعة فانه لا يصير نكاحا بحذف المدة عنه ثم النكاح بذكر المدة فيه يصير متعة وهو اذا تزوج امرأة شهراً وهذا اذا كان ذكر المدة علي سبيل الاستمهال أما اذا كان علي سبيل الاستعجال بأن قال علي أن يفرغ منه غداً أو بعد غد فهذا لا يكون سلما لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأخير المطالبة بالتسليم ألا ترى أنه ذكر أدنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكى عن الهندوانى. قال ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولايصير به سلما وان كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لانه يذكر علي سبيل الاستمهال وقيل ان ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من الفراغ من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يمكن تقديره بشئ معلوم. قال (ولا بأس بالسلم فى اللبن فى جبنه وزنا أو كيلا معلوما) لانه يكال تارة ويوزن أخرى فيصير معلوما بذكر كل واحد

منهما على وجه لا يبقى فيه منازعة في التسليم . قال (في الكتاب وهذا قبل انقطاعه وهذا في عرف ديارهم)لان اللبن ينقطع عن أيدى الناس فى بعض الاوقات فأما في ديارنا لا ينقطع وان كانت تزاد قيمته في بعض الاوقات ولكن لا يعد ذلك انقطاعا فيجوز السلم فيه في كل وقت قال(ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا شرط فيه شيئا معلوماً)لانه عددى متقارب فان آحاده لا تختلف فى المالية وانما تختلف أنواعه وانما يكون معلوما بذكر الملبن فلبن كل نوع منه معلوم عند أهل الصنعة وان كان لا يعرف ذلك فلا خير فيه . قال (ولا بأس بالسلم في التبن كيلا معلوما وكيانا معلومة) لانه مكيل مقدور التسليم وكيله الغرارة اذا كان معلوما وان كان لا يعرف ذلك فلا خير فيه . قال(ولا خير فى السلم فى رؤس الغنم والا كارع)لانها عددية متفاوتة ألا ترى ان المشترى ينازع البائع فيقول أريد هذا ولا أريد هذا والمقصود ما عليها من اللحم وهى تختلف ثم هذا على قول أبى حنيفة غير مشكل لانها أبعاض الحيوان كاللحم وهما يقولان اللحم موزون أما الرؤس والا كارع فغير موزونة عادة وبذكر الوزن لا يصير المقصود منها معلوما فلا يجوز السلم فيها . قال(ولا خير فى السلم في كل شئ مما يكال أو يوزن اذا شرط بمكيال غير معروف أو بأناء بعينه غير معروف أو بوزن حجر غير معروف) لان مقدار السلم فيه لا بد من أن يكون معلوما عند العقد وبما ذكر لا يصير مقداره بالمكيال المعروف والميزان المعروف معلوما فكان هذا سلما فى المجهول ولان القدرة على التسليم وقت وجوب التسليم شرط وذلك لا يتحقق الا بابقاء ماعينه من المكيال الى وقت حلول الاجل وبقاؤه موهوم فربما يهلك قبل ذلك وإن اشترى بذلك الاناء يداً بيد فلا بأس به لان فى العين يجوز البيع مجازفة فبمكيال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقيب العقد والقدرة على التسليم للحال ثابتة وهذا لان التسليم عقيب العقد لا بقيام المكيال الذى عينه وعن أبى حنيفة فى غير الاصول أنه لا يجوز لان البيع فى المكيلات والموزونات اما أن تكن مجازفة أو بذكر القدر ففى المجازفة والمعقود عليه ما يشار اليه وعند ذكر القدر المعقود عليه ما سمى من القدر ولم يوجد واحد منهما هنا فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل اذا لم يكن المكيال معلوماً وعن أبى يوسف قال فى بيع العين ان عين مكيالا لا ينكبس بالكبس فيه كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه فانه تتمكن المنازعة بينهما فى الكيل وان كان شيئا لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها يجوز . قال(ولا بأس

بالسلم في العصير في حينه وزنا أو كيلا) لانه يوزن أو يكال كاللبن وكذلك الخل لا بأس بالسلم فيه كيلا معلوما أو وزنا معلوما لانه يكال ويوزن واعلام المقدار بذكر كل واحد منهما محصل والاصل انماعرف كونه مكيلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مكيل أبداً وان اعتاد الناس بيعه وزنا وماعرف كونه موزونا فى ذلك الوقت فهو موزون أبداً ومالم يعلم كيف كان يعتبر فيه عرف الناس فى كل موضع ان تعارفوا فيه الكيل والوزن جميعا فهو مكيل وموزون وعن أبي يوسف ان المعتبر فى جميع الاشياء العرف لانه مما كان مكيلا في ذلك الوقت أو موزونا فى ذلك الوقت باعتبار العرف لا بنص فيه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنا نقول تقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم إياهم علي ماتعارفوه فى ذلك الشيء بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص قال (وان أسلم فى تمر ولم يسم فارسيا ولا دقلا لم يجز) لان التمر أنواع فبدون ذكر النوع لا تنقطع المنازعة فان اشترط فارسيا فلا بد من أن يشترط جيداً أو وسطا أو رديا لان كل نوع من التمر يشتمل على هذه الاوصاف الثلاثة والمالية تختلف بجنسها . قال (ولا خير في السلم في شيء من الطيور ولا في لحومها) لان آحادها تختلف في المالية فكانت عددية متفاوتة وهما فرقا بين هذا وبين السلم في اللحم لان هناك يمكن اعلام المسلم فيه بذكر الموضع ولا يتأتى ذلك في لحوم الطير وعن أبي يوسف قال مالا تتفاوت آحاده فى المالية كالعصافير ونحوها يجوز السلم فى لحومها . قال (ولا خير فى السلم في شئ من الجواهر واللؤلؤ أما الصغار من اللآلئ التي تباع وزنا وتجعل فى الادوية يجوز السلم فيها وزنا واما الكبار منها تتفاوت آحادها في المالية وهى عددية متفاوتة لا يمكن اعلام ماهو المقصود منها فلا يجوز السلم فيها . قال (ولا بأس بالسلم فى الجص والنورة كيلا) لانه مكيل معلوم وهو مقدور التسليم فى كل وقت . قال (ولا خير فى السلم فى الزجاج الا أن يكون مكسوراً فيشترط وزنا معلوما وكذلك جوهر الزجاج فانه موزون معلوم على وجه لا تفاوت فيه اما الاوانى المتخذة من الزجاج فهى عددية متفاوتة فلا يجوز السلم فيها بذكر العدد ولا بذكر الوزن) لان ذلك لا يوزن ولا تعلم ماليته بوزنه الا أن يكون شيئاً معروفا يعلم انه لا يتفاوت في الماليـة كالمكاحل والمطابق فان آحاد ذلك لا تختلف فى المالية إنما تختلف أنواعه وكل نوع منه معلوم عند اهل الصنعة فيجوز السلم فيه بذكر العدد . قال (واذا أسلم الرجل الى رجل ألف درهم في طعام خمسمائة من ذلك كانت دينا عليه وخمسمائة

نقدها اياه جازت حصة العين من ذلك وبطلت حصة الدين وعن زفر ان العقد في الكل باطل أما في حصة الدين فلنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ يعني الدين بالدين وهذا فساد قوي يمكن في البعض فيفسد به الكل باعتبار أنه جعل قبول العقد في حصة الدين شرطاً للقبول في حصة العين وهذا شرط فاسد ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضي الله عنهما ثم يعتبر البعض بالكل في الدين والمعنى جميعاً وحقيقة المعنى ان العقد انعقد صحيحا في الكل حتي لو نقد جميع الالف في المجلس كان العقد صحيحا وهذا لانه لا يتعلق العقد بالدين المضاف اليه وانما يتعلق بجنسه ومثله ولو اشترى بالدين شيئا ممن عليه الدين ثم تصادقا على أن لا دين بقي الشراء صحيحا وانما فسد العقد هنا بمقدار الخمسمائة بترك القبض في المجلس وهذا فساد طارئ فيقتصر على ما وجدت فيه علته كما لو هلك بعض المعقود عليه قبل التسليم قال (واذا أسلم الرجل مائة درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فلا خير فيه عند أبي حنيفة) بلغنا ذلك عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما وهذا بناء على ما بينا ان اعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على شرطه شرط عنده وهنا المائة التي تنقسم انقسمت على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس المال لكل واحد منهما معلوما ولو تاركا السلم في أحدهما لم يعلم يقينا مقدار ما يرده فلا يجوز العقد وعندهما الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجد . قال (ولا يجوز السلم اذا كان فيه شرط خيار) لان خيار الشرط يعدم الملك ويجعل العقد في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار فكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض وعدم قبض رأس المال في المجلس مبطل للسلم فاشتراط الخيار فيه أولى وهذا لان للقبض حكم العقد وقد صار العقد بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبله وبهذا تبين ان القبض لا يتم والافتراق قبل تمام القبض مبطل للعقد الا أن يبطل صاحب الخيار خياره قبل أن يتفرقا فحينئذ ينقلب العقد صحيحا عندنا خلافا لزفر فان من أصله ان تصحيح العقد الفاسد في استقباله فقط وعندنا المفسد متى زال قبل تقرره جعل كان لم يكن وتقرر الفساد هنا بالافتراق قبل تمام القبض وقد انعدم ذلك متى أسقطا الخيار قبل أن يتفرقا ولان حالة المجلس كحالة العقد ولهذا جعل قبض رأس المال في المجلس كالمقترن بالعقد فكذلك لزوم العقد باسقاط الخيار في المجلس يجعل كالمقترن بالعقد وهذا اذا كان رأس المال قائما في يد المسلم اليه عند اسقاط الخيار وان كان قد أنفقه

حتى صار دينا عليه لم يصح العقد باسقاط الخيار ذكره فى الجامع لان ابتداء العقد برأس مال هو دين لايجوز فكذلك إتمامه باسقاط الخيار . قال (واذا أسلم اليه عشرة دراهم أو ثوبا أو عبداً فى طعام ثم افترقا قبل قبض رأس المال لم يجز السلم) وقال مالك يجوز وان لم يقبض رأس المال يوما أو يومين بعد أن لا يكون مؤجلا بمنزلة الثمن فى البيع فانه لا يشترط قبضه فى المجلس الا ان هنا الشرط أن يكون حالا لان ما يقابله مؤجل والنسيئة بالنسيئة حرام ولا تنعدم صفة الحلول بترك القبض فيه يوما أو يومين ولكنا نقول السلم أخذ عاجل بآجل فيشترط كون أحد البدلين فيه معجلا كما يشترط أن يكون الآخر مؤجلا ليتوفر على هذا العقد مقتضاه والتعجيل إنما يحصل بالقبض في المجلس فكان ينبغى أن يشترط اقتران القبض بالعقد فانه أتم مايكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحالة العقد تيسيراً كما فى عقد الصرف ثم ان كان رأس المال دينا فالعقد يبطل بالافتراق قبل قبض رأس المال قياسا واستحسانا لانه دين بدين وان كان رأس المال عينا ففى القياس لا يبطل العقد لانهما افترقا عن عين بدين وذلك جائز كبيع العين بثمن مؤجل ولكنه استحسن لمراعات اسم هذا العقد ولان جواز عقد السلم لحاجة المسلم اليه وانما يتوفر عليه حاجته اذا وصل رأس المال اليه فيشترط وصوله الى يده مقرونا بالعقد ثم حالة المجلس جعلت كحالة العقد فلهذا يفسد بترك قبض رأس المال فى المجلس وان كان عيناوان قبض الدراهم ثم افترقا فوجدها زيوفا فانه يردها وينتقض السلم اما اذا تجوز بها جاز العقد لان الزيوف من جنس الدراهم ولكن فيه عيب ووجود العيب في الشيء لا يجعله في حكم جنس آخر ثم الزيوف ما زيفه بيت المال ولكن يروج فيما بين التجار والنبهرجة ماتبهرجه التجار وربما تسامح فيه بعضهم وربما يأباه بعضهم لغش فيه وبهذا لايخرج من ان يكون من جنس الدراهم فقابضه يكون مستوفيا لحقه فاذا تجوز به تجوز بخلاف ماذا وجد المقبوض ستوقه او رصاصا فان ذلك ليس من جنس الدراهم فان الستوقة فلس مموه بالفضة ومعناه من طاقه والرصاص ليس من جنس الدراهم فلايصير بقبضه مستوفيا لرأس المال فاذا تجوز بها كان مستبدلا لا مستوفيا والاستبدال برأس المال قبل القبض لايجوز فاما اذا رده فى القياس ينتقض السلم سواء استبدل فى مجلس الرد أو لم يستبدل وصار الكل زيوفا أوالبعض وهو قول زفر لان الرد بعيب الزيافة ينقض القبض من الاصل بدليل أنه يرجع بموجب العقد وهو الجياد والعقد لا يوجب القبض

مرتين فلو لم ينتقض القبض الاول من الاصل لما كان له أن يرجع بموجب العقد وبدليل أنه لو لم يستبدل في مجلس الرد بطل العقد وبقاء القبض ليس بشرط لبقاء العقد واذا ثبت انتقاض القبض من الاصل صار كأن لم يوجد فيبطل العقد بقدر المردود كالووجده مستحقاً ولان رأس المال دين والدين يختلف باختلاف الوصف وانما يكون الزيوف رأس المال باعتبار إسقاط حقه عن الجودة اذا تجوز به فاذا أتى ذلك بالرد تبين أنه فارقه قبل قبض حقه فبطل العقد كما لو وجد المقبوض ستوقا أو رصاصاً واستحسن أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فقالا اذا استبـدل في مجلس الرد بقي العقد صحيحا سواء وجد الكل زيوفا أو البعض لانهما افترقا عن قبض صحيح حتي لو تجوز به جاز فانما انتقض ذلك القبض بالرد وصار العقد عند الرد موجبا قبض الجياد وهما مجتمعان في مجلس الرد فيجعل اجتماعهما في مجلس الرد كاجتماعهما في مجلس العقد فاذا افترقا بعد قبض موجب العقد وهي الجياد بقي العقد صحيحا كما لو زاد في رأس المال وافترقا عن مجلس الزيادة قبل القبض وهذا بخلاف الاستحقاق فقبض المشتري موقوف على إجازة صاحبه ألا ترى ان المسلم اليـه لو أراد أن يرضي به لا يتمكن من ذلك والموقوف اذا بطل صار كانه لم يكن فاذا نفذ باجازة المستحق التحق بما لو كان نافذاً في الابتداء كالمبيع الموقوف فلهذا اذا أجاز المستحق بقي العقد صحيحا واذا أبى وأخذ دراهمه كان العقد باطلا وأبو حنيفة أخذ بالقياس اذا وجد الكل زيوفا أو كانت الزيوف أكثر وأخذ بالاستحسـان اذا قل المردود بعيب الزيافة لان في القليـل بلوى وضرورة فدراهم الناس لا تخلو عن قليل زيف فيذهب على الناقد وان كان بصيرا واقامة مجلس الرد مقـام مجلس العقد لدفع الحرج فان الموجود في هذا المجلس شرط بوجه المطالب بموجب العقد وهو الرد لا سببه واقامة الشرط مقام السبب لدفع الحرج وذلك يتحقق فيما تتحقق فيـه البلوى وهو القليل دون مالا بلوى فيـه وهو الكثير بل الكثير كالمستحق قل أو كثر لان دراهم الناس لا تخلو عن المستحق عادة وهذا بخلاف الزيادة لان أصل العقد ما كان موجبا لهذه الزيادة وانما صار الآن موجبا فكان هذا المجلس في حق الزيادة مجلس السبب بمنزلة مجلس العقد في حق رأس المال واذا وجد القبض في مجلس الزيادة لم يضرهما الافتراق بعد ذلك ثم اختلفت الرواياة عن أبي حنيفة في الفرق بين القليل والكثير ففي كتاب البيوع يقول مادون النصف قليل والنصف فما فوقه كثير وفي كتاب الصرف يقول النصف فما دونه قليل وفي رواية عن

أبى حنيفة الثلث كثير فان النبي صلي الله عليه وسلم قال لسعد رضى الله تعالى عنه والثلث كثير فاذا وجد الثلث زيوفا فرده يبطل العقد بقدره ووجه هذه الرواية ان قلة الشيء وكثرته تتبين بالمقابلة فان العشرة بمقابلة الدرهم كثيرة وبمقابلة المائة قليلة فاذا كانت الزيوف دون النصف قلنا اذا قوبلت الزيوف بالجياد فالزيوف قليلة وان كانت اكثر من النصف فهى كثيرة عند المقابلة بالجياد فاذا كان النصف سواء ففى رواية كتاب البيوع قال هذا كثير لا يقابله ماهو أكثر منه لتتبين قلته بالمقابلة وفى كتاب الصرف قال الشرط كثرة المردود ولا تتبين كثرته اذالم يكن مايقابله أقل منه وقد كان العقد صحيحا فى الكل فلا تنتقض بالشك وكذلك حكم الصرف فى جميع ماذكرنا. قال (رجل أسلم الي رجل فى طعام وأخذ منه كفيلا بالمسلم فيه ثم صالح الكفيل علي رأس ماله وذلك دين) فالصلح موقوف علي اجازة المسلم اليه فى قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فان اختار رد رأس المال جاز وان رد الصلح بطل واسترد الكفيل دراهمه وطالب رب السلم بطعام السلم أيهما شاء وعند أبى يوسف الصلح جائز بين الكفيل ورب السلم ويرجع الكفيل على المسلم اليه بطعام السلم وهذا اذا كان رأس المال دراهم أو دنانير فان كان رأس المال عروضا لايجوز الصلح بالاتفاق لانه اذا كان رأس المال ثوبا فاما ان يصح الصلح عن ذلك الثوب بعينه وهو باطل لانه ملك المسلم اليه فلا يكون الكفيل قادراً علي تسليمه واما أن يصح علي ثوب غيره وهو باطل أيضا لانه يكون استبدالا برأس المال وكذلك الصلح على قيمة ذلك الثوب يكون استبدالا فلا يجوز فاما اذا كان رأس المال دراهم أو دنانير فالخلاف فيه يتحقق وجه قول ابى يوسف وهو أن صلح الكفيل عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون علي أى بدل كان بدليل جواز ذلك من الاصل ثم الكفيل فى سائر الديون لو صالح علي بدل جاز صلحه ورجع علي المكفول عنه بما كفل عنه فكذلك الكفيل بالسلم اذا صالح على رأس المال وهذا لان الكفيل مطلوب بالمسلم فيه كالاصيل اذا كان قادراً علي تسليم رأس المال اليه وبهذا فارق مالو كان رأس المال عينا فى يد المسلم اليه لان الكفيل لايقدر على تسليمه ولو صالح علي قيمته كان مستبدلا لامسترد الرأس المال ولا يقال في هذا الصلح تمليك طعام السلم من الكفيل لان تمليك الدين من غير من عليه الدين فى سائر الديون لايجوز الصلح أيضا ثم جاز الصلح مع الكفيل في سائر الديون عرفنا انه ليس بتمليك الدين ولكن بعقد الكفالة كما وجب للطالب علي الكفيل

وجب للكفيل على الاصيل الا أنه مؤخر الى أن يسقط مطالبة الطالب عن الاصيل وقد سقط ذلك بصلحه على رأس المال كما يسقط بايفائه فلهذا كان له أن يرجع على المسلم اليه بطعام السلم وجه قولهما أن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال فسخ للعقد بدليل أنه يختص برأس المال وأنه يصح بلفظ المتاركة والاقالة فانه لو لم يكن فسخا كان هذا استبدالا لبقاء العقد الموجب لطعام السلم والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز والكفيل أجنبي من العقد فلا يملك الفسخ كسائر الاجانب والكفيل بالثمن فى البيع وهذا لان الفسخ تصرف في العقد فلا يجوز من العاقد أو ممن قام مقام العاقد أو ممن كان وقع العقد له والكفيل بهذه الصفة وانما التزم ما التزمه من الكفالة فلا يصير به فى حكم العاقد للسلم بخلاف المسلم اليه فانه عاقد فيجوز صلحه بطريق الفسخ والدليل على الفرق ان رب السلم اذا زاد للمسلم اليه درهما جاز ولو زاد الكفيل فى رأس المال درهما كان باطلا وبه فارق سائر الديون فالصلح هناك ليس بتصرف فى السبب الموجب للفسخ وانما هو تصرف في الدين الواجب ولهذا جاز بأى بدل كان والكفيل مطلوب بالدين كالاصيل ولهذا جاز الصلح معه. قال (واذا أسلم الرجلان الى رجل فى طعام فصالحه احدهما على رأس ماله فالصلح موقوف) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فان أجازه الآخر جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقى من طعام السلم مشتركا بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل وعند أبى يوسف الصلح جائز بين المصالح والمسلم اليه لما قلنا في المسئلة الاولى ان الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون على أى بدل كان عنده ثم أخذ رب الدين اذا صالح عن نصيبه مع المديون على بدل جاز الصلح ويخير الآخر بين أن يشاركه فى المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه من الدين كذلك هنا اذا صالح على رأس المال ولان أكثر ما فيه ان هذا فسخ العقد ولكل واحد من المتعاقدين حق التفرد بالفسح فى نصيب نفسه كما فى بيع العين لو اشترى رجلان عينا ثم أقال أحدهما البيع في نصيبه مع البائع جاز بدون رضي الآخر فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قال فى هذا الصلح قسمة الدين قبل القبض وذلك لا يجوز بيانه أنه ان كان صلحه عن نفسه خاصة فلا يتحقق ذلك الا بأن يتميز نصيبه عن نصيب صاحبه وهذا هو القسمة وان كان صالحه عن النصف من النصيبين جميعا فلا يمكن تصحيحه بدون اجازة الآخر لتناوله نصيبه وفقه هذا الكلام أن وجوب المسلم فيه بعقدهما

اذا هو لم يمكن موجوداً قبل العقد والعقد منهما واحد فكل واحد منهما فى التصرف فيه كشطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شئ من الحكم ما لم يتم ذلك باجازة الآخر كالمعتقة بين رجلين زوجها احدهما وبه فارق بيع العين فقد كانت العين هناك موجودة قبل العقد محلا لتصرف كل واحد منهما الا أن يكون ثبوت ولاية التصرف فيه لكل واحد منهما بالعقد فلهذا كان الفسخ من كل واحد منهما فى نصيبه كأنه كان منفرداً به وهناك المسلم فيه لم يكن موجوداً قبل العقد وجواز التصرف باعتبار وجوبه بالعقد فكان كل واحد منهما فيه كشطر العلة ولانه لو جاز الصلح من احدهما هنا يؤدى الى ان يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه ويتقرر فى رأس المال ثم يعود فى المسلم فيه وذلك لا يجوز كما لو تقايلا السلم ثم أراد فسخ الاقالة لم يجز ذلك بخلاف بيع العين وبيان الوصف أن الآخر اذا اختار المشاركة فى المقبوض مع المصالح كان ما بقى من طعام السلم مشتركا بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه وتقرر في رأس المال فلا يجوز أن يعود حقه بعد ذلك فى المسلم فيه وبه فارق سائر الديون الا ان أبا يوسف يقول انما لا يجوز أن يعود حقه فيما كان ساقطا لان الساقط مثلا شئ كما فى فصل الاقالة وهنا انما يعود بحقه فيما هو قائم وهو النصف الباقى من طعام السلم وأما بيان قول أبى يوسف فانه يقول للآخر الخيار فان شاء شارك القابض فى المقبوض لان أصل رأس المال كان مشتركا بينهما فلا يسلم لاحدهما منه شئ الا بتسليم الآخر واذا شاركه فى المقبوض كان الباقي في ذمة المسلم اليه مشتركا بينهما وان شاء سلم المقبوض للقابض ويرجع على المسلم اليه بطعام السلم فاذا فعل ذلك ثم أراد الرجوع عن شريكه لم يكن له ذلك لانه كان مخيراً بين شيئين فاذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه كالغاصب مع غاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما فليس له أن يرجع فيضمن للآخر بعد ذلك فان نوى ما على المسلم اليه كان له أن يرجع على شريكه بنصف المقبوض لانه انما سلم له المقبوض بشرط أن يسلم له ما فى ذمة المسلم اليه فاذا نوى بطل تسليمه كالمحتال عليه اذا مات مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل. قال (وهذا بمنزلة رجلين لهما على رجل مائة درهم فصالحه أحدهما من حصته على ثوب وسلم له الآخر واختار اتباع المديون فنوى ما عليه) كان له ان يرجع على صاحب الثوب في الثوب فيأخذ منه نصفه الا ان يرضى صاحب الثوب أن يرد عليه خمسة وعشرين درهما ولا يعطيه شيئاً من الثوب كان له ذلك حينئذ والخيار فيه الى صاحب الثوب كما في

الابتداء لو اختار المشاركة معه كان صاحب الثوب بالخيار بين أن يعطيه خمسة وعشرين درهما وبين أن يعطيه نصف الثوب لان من حجته أن يقول مبنى الصلح على التجوز بدون الحق انما وصلت الى نصيبي لأني رضيت بدون حقي بخلاف ما اذا اشترى بنصيبه ثوبا وهذا فرق معروف في كتاب الصلح وكذلك لو كان بالسلم كفيل فصالح أحد صاحب السلم مع الكفيل على رأس ماله فهو كالصلح مع الاصيل على الخلاف الذي بينا. قال (واذا أسلم الرجل الى رجل دراهم في طعام ثم صالحه على رأس ماله ثم أراد أن يشترى برأس ماله شيئا قبل أن يقبضه) في القياس له ذلك وهو قول زفر لان عقد السلم ارتفع بالفسخ بقى رأس المال في ذمته بحكم القبض لا بحكم العقد وهو دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز الاستبدال به كسائر الديون الا ترى أن السلم لو كان فاسدا كان له أن يستبدل برأس المال قبل الاسترداد لهذا المعنى واستحسن علماؤنا رحمهم الله فقالوا لا يجوز ذلك لحديث أبي سعيد الخدرى رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا أسلمت في شئ فلا تصرفه في غيره فلو جوزنا هذا كان صارفا حقه من طعام السلم الي شئ آخر بهذا الطريق وفي الحديث المعروف لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك وبهذا الطريق نأخذ شيئا آخر غير رأس المال وغير المسلم فيه وذلك غير جائز ثم حال رب السلم مع المسلم اليه بعد الفسخ كحال المسلم اليه مع رب السلم حال قيام العقد قبل قبض رأس المال فكما لا يجوز الاستبدال هناك فكذلك لا يجوز هنا وبه فارق السلم الفاسد من الأصيل لانه ما كان موجبا تسليم رأس المال ليعتبر الانتهاء بالابتداء وهنا العقد كان موجبا تسليم رأس المال فاعتبرنا حال الفسخ بحال العقد في المنع من الاستبدال. قال (واذا أسلم دراهم ودنانير في طعام وقد علم وزن أحدهما ولم يعلم وزن الآخر فلا خير فيه) عند أبي حنيفة وجائز عندهما لان اعلام قدر رأس المال عندهما ليس بشرط والاشارة الى العين تكفي وعند أبي حنيفة اعلام القدر فيما يتعلق العقد على قدره شرط فاذا لم يعلم وزن احدهما بطل العقد في حصته لانعدام شرط الجواز فيبطل في حصة الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر والسلم في المجهول لا يصح ابتداء. قال (واذا أسلم عشرة دراهم في ثوبين أحدهما هروى والآخر مروى فالم تتبين حصة كل واحد منهما من رأس المال لا يجوز العقد) عند أبي حنيفة كما في الحنطة والشعير لان الانقسام باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يتيقن بحصة كل واحد من الثوبين الا بالقسمة وان كانا موصوفين بصفة واحدة ففي القياس كذلك لان الثياب

ليست من ذوات الامثال والانقسام على الثوبين باعتبار القيمة كما لو اشتراهما عينا وفي الاستحسان يجوز لان الموصوفين بصفة واحدة لا يتفاوتان في الظاهر فى المالية مادا ما فى الذمة والانقسام حال كونهما فى الذمة فحصة كل واحد منهما نصف رأس المال بيقين فيجوز العقد من غير اعلام حصة كل واحد منهما كما لو أسلم عشرة في كرين من حنطة بخلاف ما لو اشتراهما عينا فانهما يتفاوتان فى المالية اذا كانا عينين فلهذا كان انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة فان قبض الثوبين فى السلم ثم أراد ان يبيع احدهما مرابحة على خمسة دراهم فليس له ذلك عند أبي حنيفة الا أن يبين وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بذلك لان حصة كل واحد منهما من رأس المال معلومة بيقين فبيعه مرابحة على ذلك كالكرين وبيانه ماذكرنا ان الثمن بمقابلة ما تناوله العقد ولا تفاوت فى ذلك ولهذا جاز العقد عند أبي حنيفة والدليل عليه أنهما لو تقايلا السلم فى أحدهما يرد من رأس المال خمسة ولو وجد باحدهما عيبا فرده يرده بخمسة فعرفنا ان حصة كل واحد منهما خمسة بيقين فكانه سمى ذلك في العقد وأبو حنيفه يقول اشترى الثوبين بثمن واحد فلا يبيع احدهما مرابحة كما لو اشتراهما عيناً بخلاف الكرين فان هناك لو اشتراهما عينا كان له ان يبيع احدهما مرابحة وبيان الوصف أن رب السلم مشترى والمسلم فيه مبيع فاذا قبض المسلم فيه كان المقبوض عين ما تناوله العقد لا غيره لانه ان جعل غيره كان استبدالا بالمسلم فيه وذلك لا يجوز فمن هذا الوجه جعل كأنه عين ما تناله العقد فاما فى الحقيقة هو غيره لان العقد يتناول دينا فى الذمة والعين غير الدين فباعتبار هذه الحقيقة لم يكن المقبوض عين ما تناوله العقد فلا بد من طريق يجعل بذلك الطريق كانه عين المعقود عليه وذلك الطريق ن يجعل عند القبض كانهما جددا ذلك العقد على المقبوض وهو معنى قول المتقدمين رحمهم الله للقبض فى باب السلم حكم عقد جديد والدليل عليه ما قاله فى الزيادات لو أسلم الى رجل مائة درهم فى كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتى درهم الى سنة وقبضه فلما حل الطعام فى السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون ذلك اذا جعلا عند القبض كأنهما جددا العقد عليه واذا تقرر هذا فهو وما لو اشتراهما عينا بثمن واحد سواء وقال في السير الكبير لو أحرز المشركون كرا لرجل من المسلمين بدراهم فدخل اليهم مسلم وأسلم اليهم مائة درهم فى كر حنطة فاعطوه ذلك الكر فاخرجه فلا سبيل للمالك القديم عليه لانه أخذه عوضا عن الكر الذي له فى ذمتهم فلو

أخذه المالك القديم أخذه بمثله وذلك غير مفيد وفي السلم عند القبض يصير كالمجدد للعقد علي ذلك الكر بالمائة فيأخذه المالك القديم بذلك ثم أكثر مافي الباب أن يثبت شبهة تجديد العقد بينهما وان لم يثبت الحقيقة والشبهة فى بيع المرابحة بمنزلة الحقيقة ألا ترى أنه لو أشترى شيئاً بثمن مؤجل لا يبيعه مرابحة من غير بيان لشبهة الزيادة بسبب الاجل ولو أخذ عينا صلحا من دين له علي انسان لا يبيعه مرابحة على ذلك الدين لشبهة الحط بسبب الصلح والذى يوضح كلام أبى حنيفة أن الثوبين الموصوفين لا يتفاوتان فى الذمة ويتفاوتان بعد التعيين ألا ترى أنه لو قبضهما وباع أحدهما من إنسان ثم استهلك ذلك الثوب علي المشترى لايجب عليه تسليم الثوب الآخر وانما يجب قيمة المستهلك فدل أنهما لا يتماثلان عينا لجاز العقد فى الابتداء في الدين وكذلك الاقالة فى أحدهما وأما بيع المرابحة لا يكون الا بعد التعيين فيعتبر التفاوت فى حكم بيع المرابحة فلا يبيع أحدهما مرابحة من غير بيان ولا بأس بأن يبيعهما مرابحة علي غيره لان ثمنهما مسمى معلوم كما لو اشتراهما عينا. قال (ولا بأس بالسلم فى المسوح والاكسية والعبا والجواليق والكرابيس بصفة معلومة عرضا وطولا ورقعة) لما بينا ان اعلامه علي وجه لا يبقى فيه تفاوت في المالية ولا يبقي بينهما منازعة فى التسليم تمكن . قال (ولا بأس بالرهن والكفيل فى السلم أما برأس المال يجوز أخذ الكفيل والرهن عندنا ولا يجوز عند زفر وله في السلم روايتان لان الرهن والكفيل مما يتأخر قبضه وقبض رأس المال مستحق في المجلس فأخذ الكفيل والرهن به لا يفيد ولكنا نقول رأس المال دين واجب علي رب السلم فالكفيل يلتزم المطالبة بما هو مضمون علي الاصيل وهو شرط صحة الكفالة والرهن للاستيفاء ورأس مال السلم دين يستوفى فان هلك الرهن فى المجلس وفى قيمته وفاء برأس المال صار مستوفيا به رأس المال فان افترقا قبل هلاك الرهن بطل السلم لان الاستيفاء لا يتم الا بهلاك الرهن والافتراق قبل تمام القبض يبطل السلم وكذا ان نقد الكفيل رأس المال قبل أن يتفرق المتعاقدان تم العقد وان افترقا قبل أن ينقد الكفيل بطل العقد ولا معتبر بذهاب الكفيل لانه ليس بعاقد حتى لو ذهب وجاء برأس المال قبل افتراق المتعاقدين فادى تم العقد وهذه ثلاثة فصول الوكالة والكفالة والحوالة والجواب فى الكل واحد ان قبض رأس المال من الوكيل أو المحتال عليه قبل افتراق المتعاقدين تم عقد السلم ولا معتبر بذهاب الوكيل والمحتال عليه وأما أخذ الرهن والكفيل يجوز بالمسلم فيه وهكذا ذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله تعالى

وذكر الحسن عن زفر رحمهما الله تعالى انه لا يجوز فعلى رواية ابن شجاع قال كل دين لا يجوز قبضه فى المجلس ويجوز التأجيل فيه فأخذ الرهن والكفيل به صحيح للتوثيق والمسلم فيه بهذه الصفة بخلاف رأس المال وبدل الصرف وعلى الرواية الاخرى قال كل دين لا يجوز الاستبدال به قبل القبض فأخذ الرهن والكفيل به لا يجوز لان فى الكفالة اقامة ذمة الكفيل مقام ذمة الاصيل فيكون فى معنى الاستبدال من حيث المحل والحوالة كذلك وفي الرهن يصير مستوفيا بالهلاك والرهن ليس من جنس الدين فكان هذا استبدالا فعلى هذا لا يجوز الرهن بالمسلم فيه ورأس المال وبدل الصرف وحجتنا في ذلك ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اشترى من يهودى طعاما نسيئة ورهنه درعه وشراء الطعام نسيئة يكون سلما وقد روى عن ابن عباس رضي الله تعالي عنهما أنه جوز الرهن بالسلم واستدل فيه بقوله تعالى(ياأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى قوله تعالى فرهان مقبوضة)والمعنى فيه أن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا عين حقه لا مستبدلا فان عين الرهن لا تكون مملوكة للمرتهن ولهذا لوكان الرهن عبداً فمات كان كفنه علي الراهن وانما يصير مستوفيا دينه من ماليته والاعيان باعتبار صفة المالية جنس واحد ولهذا لو ارتهن أحد الشريكين بنصيبه من الدين فهلك الرهن يرجع شريكه عليه بنصف نصيبه من الدين واذا ثبت انه استيفاء لا استبدال جاز الرهن بكل دين يجب استيفاؤه وفى الحوالة والكفالة لا شك فان المستوفي من الكفيل والمحتال عليه كالمستوفي من الاصيل في انه عين حق الطالب لا بدله. قال(واذا أسلم في شئ من الثياب واشترط طوله وعرضه بذراع رجل معروف لم يجز كما فى المكيل اذا عين المكيال)وهذا لان مقدار المسلم فيه بالذراع المعروف وربما يموت ذلك الرجل فيتعذر تسليم المسلم فيه اذا حل الاجل واذا اشترط كذا و كذا ذراعا فهو جائز وله ذراع وسط لان مطلق التسمية تنصرف الي المتعارف كمطلق تسمية الدراهم في الشراء تنصرف الي نقد البلد والمتعارف الذراع الوسط ويسمى المكسرة وسمى لذلك لانه كسره من ذراع قبضة الملك وان الذراع الوسط سبع قبضات وهى تسع مسببات ومعرفة هذا فى كتاب العشر والخراج. قال(واذا أسلم فى الحرير وزناولم يشترط الطول والعرض لم يجز)لان المالية لا تصير معلومة الا ببيان الطول والعرض فى الثياب ولانه لو جاز هذا لكان يأتيه بقطاع الحرير بذلك الوزن الذى سمى فيجبر على أخذه ونحن نعلم انه لم يقصد ذلك فلهذا لا يجوز مالم يبين

الطول والعرض ولا بد من بيان الوزن أيضافيما تختلف ماليته بالثقل والخفة كالحرير والوذارى وما أشبه ذلك وان اشترط الطول والعرض بقيمان غير الذراع فان كان قيمانا معروفا من قيامين التجار فهو جائز لان المقدار يصير معلوماً بذلك وهو المقصود وكذلك القدرة على التسليم تحصل بتسمية ذلك. قال (وان اشترط الرجل في سلمه ثوبا جيداً ثم جاء به المسلم اليه فقال رب السلم ليس هذا بجيد وقال المسلم اليه جيد فان الحاكم يريه رجلين من أهل تلك الصناعة) لانه لا علم عنده فيما اذا اختلفا فيه فيرجع الى من له فيه علم كما لو احتاج الى معرفة قيمة المستهلك والاصل فيه قوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فاذا اجتمعا على أنه جيد مما يقع عليه إسم الجودة وإن كان ليس بهاية في الجودة أجبر رب السلم على أخذه لان المسلم اليه وفي بما شرط له فالمستحق بالتسمية أدنى مايتناوله الاسم اذ لا نهاية للاعلى فانه مامن جيد الا وفوقه أجود منه ألا ترى أنه لو اشترط في العبد أنه كاتب أو خباز فانه يستحق به أدنى ما يتناوله الاسم وانما شرط المثنى لانه يحتاج الى فصل الخصومة بينهما وانما يمكنه ذلك بحجة تامة وهو قول المثنى . قال (وان كان اشترط وسطا فأتاه المسلم اليه بجيد أجبر رب السلم على قبوله)وعلى قول زفر لا يجبر لان الجيد غير الوسط وهو متبرع عليه بصفة الجودة ولو تبرع عليه بزيادة قدر كان له أن لا يقبل تبرعه فكذلك اذا تبرع بالجودة ولكنا نقول أوفاه حقه بكماله وأحسن في قضاء الدين قال صلى الله عليه وسلم خيركم أحسنكم قضاء للدين وقال للوزان زن وأرجح فانا معاشر الانبياء هكذا نزن . قال (فان أتاه بالثوب الجيد والمشروط عليه ثوب وسط وقال خذ هذا وزدني درهما فلا بأس بذلك ان فعل) وهذه في الحاصل ثمانية فصول أربعة في الثياب واربعة في المقدرات أما في الثياب ان أتاه بأزيد وصفا أو بأدون وصفاً أو بأزيد قدراً أو بانقص قدراً أما في الثياب ان أتاه بأزيد وصفا أو ذرعا بان أتاه باحد عشر ذراعاً وقد كان المسلم فيه عشرة أذرع فقال خذ هذا وزدني درهما يجوز وتكون تلك الزيادة بمقابلة صفة الجودة أو الذراع الزائد وذلك مستقيم ألا ترى أنه لو باعه ثوبا جيداً بثوب وسط ودرهم يجوز ولو باعه أحد عشر ذراعا بعشرة أذرع ودرهم يجوز فكذلك القبض بحكم السلم ولو أتاه بأنقص وصفا بان أتاه بثوب ردى فقال خذ هذا وأرد عليك درهما لا يجوز لان هذا منهما إقالة للعقد في الصفة وحصة الصفة من رأس المال غير معلومة فلا تجوز الاقالة فيه وكذلك لو أتاه بتسعة أذرع فقال خذ هذا

وأرد عليك درهما لان الذرع فى الثوب صفـة ولان رأس المال لا ينقسم علي ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء فلم تكن حصة الذرع معلومـة من رأس المال فلا تجوز الاقالة فيـه أما في المقدرات لو أسلم عشرة دراهم فى عشرة أقفزة حنطة وسط فأتاه بطعام جيد وقال خذ هذا وزدنى درهما فانه لايجوز لان الدرهم الزائد بمقابلة الجودة ولا قيمـة للجودة فى الاموال الربوية ألا ترى انه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز وسط ودرهم لا يجوز وهذا فى معنى ذلك فانه يأخذ هذا القفيز الجيد عوضا عن الوسط الذى له في ذمته وعن الدرهم الزائد ولو أتاه باحـد عشر قفيزاً وقال خذ هذا وزدنى درهما جاز لان الدرهم الزائد بمقابلة القفيز الزائد وهو جائز ولو أتاه بعشرة أقفزة رديئة فقال خذ هذا وأرد عليك درهما لايجوز لانه لا قيمة للصفة فكيف تستقيم الاقالة على القيمة فيه ولو أتاه بتسعة أقفزة وقال خـذ هذا وأرد عليك درهما يجوز بخلاف الثوب لان رأس المال ينقسم على القفيزين باعتبار الاجزاء فحصة القفيز من رأس المال معلومة بخلاف ذرعان الثوب وعن أبى يوسف أنه يجوز فى الفصول كلها ذكر قوله فى كتاب الصلح لان رب السلم يزيد في رأس المال فتلحق الزيادة باصل العقد أو المسلم اليه يحط شيئا من رأس المـال والحط أيضاً يلتحق بأصـل العقـد لا أن يكون بمقابلة الصفة أو يكون فيه اقالة العقد فى شئ ثم المسلم اليـه أجنبي فى قضاء الدين اذا أتى بالاجود ورب السلم أحسن اليه حين تجوز بالردئ فاذا أمكن تحصيل مقصودهمـا بهذا الطريق وجب حمل تصرفهما عليـه عملا بقوله تعالى (فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه) ولكنا نقول هذا اذا لم ينصا على النص والمقابلة أما اذا نصا على ذلك لايمكن حمـل فعلهما على التبرع كما لو باع درهما بدرهمين لايجوز ولا يجعل أحـد الدرهمين هبة وذكر أبو سليمان عن أبى يوسف رحمهما الله أن أبا حنيفـة جوز ذلك فى الثياب ولم يجوزه في الطعام وهذه الرواية تخالف رواية محمد فى الثوب اذا أتاه بأردئ ممـا شرط أو بأنقص ممـا شرط والاعتماد على رواية محمد . قال (واذا اختلفا فى السلم فقال الطالب شرطت لى جيدا وقال المطلوب شرطت لك وسطا أو قال الطالب أسلمت اليك فى حنطة وقال المطلوب أسلمت الى فى شعير تحالفا وترادا) وحكم التحالف ثابت بالسنة بخلاف القياس فان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وفى حديث آخر قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول مايقوله البائع أو يترادان وسنقرر هذا فى باب التحالف ان شاء الله تعالى فنقول الا ن اذا اختلفا

فى جنس المعقود عليه فتعلق العقد بالمعقود عليه أكثر من تعلقه بالثمن ثم لو اختلفا فى جنس الثمن تحالفا ففى جنس المعقود عليه أولى وكذلك اذا اختلفا فى الصفة لان المسلم فيه دين وانما يعرف الدين بصفته فالجيد منه غير الوسط ألا ترى أنهما لو أحضرا كانا غيرين والاختلاف في الصفة فيما هو دين يكون اختلافا في المعقود عليه فيجرى التحالف بينهما بخلاف ما اذا اختلفا فى الصفة فى بيع العين فان العين لا تختلف باختلاف صفته فلا يكون ذلك اختلافا بينهما في المعقود عليه. قال (والذى يبدأ به فى اليمين المطلوب فى قول أبي يوسف الاول) لانه بمنزلة البائع وصاحب الشرع عليه الصلاة والسلام قال فالقول ما يقوله البائع فظاهر هذا يقتضى أن يكتفى بيمينه وقد قام الدليل على انه لا يكتفى بذلك فيبقى هذا الظاهر معتبراً فى البداية بيمينه ولانه أشبه بالمنكرين فانه ينكر ما ادعاه الطالب من الجنس والصفة لنفسه واليمين على المنكر ثم رجع وقال يبدأ بيمين الطالب وهو قول محمد لان أول التسليمين فى عقد السلم على الطالب وهو رأس المال فلذلك أول اليمينين عليه ولانه بنكوله يثبت ما ادعاه المطلوب منه ويقع الاستغناء عن يمينه وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول القاضى يقرع بينهما ويبدأ بيمين من خرجت قرعته نفياً لتهمة الميل عن نفسه وقيل الرأى في ذلك الى القاضى وقيل ينظر أيهما سبق بالدعوة يبدأ بيمين خصمه وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله قائم مقام اقراره وان قامت لهما جميعاً بينة أخذت بينة الطالب لان فى بينته زيادة اثبات ولانه يقيم البينة على حق نفسه فالمطلوب انما يقيم البينة على حق الطالب وبينة الانسان على حق نفسه أولى بالقبول وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعن محمد ان كان افترقا عن مجلس العقد فكذلك الجواب وان لم يفترقا عن مجلس العقد يقضى بسلمين عشرة فى كر حنطة ببينة رب السلم وعشرة في كر شعير ببينة المسلم اليه ومحمد رحمه الله يقول البينات حجج فهما أمكن العمل بها لا يجوز ابطال شيء منها وهنا العمل بالبينتين يمكن اذ لا منافاة بين العقدين فيجب العمل بهما كحجج الشرع بخلاف ما بعد الافتراق فانه ما قبض فى المجلس الا عشرة واحدة فلا يمكن القضاء بالعقدين فلهذا رجحنا بينة الطالب وقاس هذا ببيع العين فانه لو قال بعت منك هذه الجارية بألف درهم وقال المشترى بعتنى العبد بألف درهم وأقاما جميعاً البينة يقضى بالعقد فيهما جميعاً بالاتفاق فكذلك فى السلم وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان مع اختلافهما اتفقا على أنه لم يكن بينهما الا عقد واحد فالقضاء بالعقدين قضاء بما لم

يطلبا وليس للقاضي ذلك بقرره انه لا مقصود للمطلوب في هذه البينة اثباتاً لان حقه في رأس المال وهو سالم له ولا مؤنة عليه في ما في ذمته حنطة كان أو شعيراً فانما مقصوده نفي بينة الطالب فرجحنا بينة الطالب للاثبات بخلاف بيع العين فالبائع هناك ببينته يثبت ازالة العين عن ملكه ليسقط مؤنته عن نفسه بالتسليم الى المشتري فكان هو مثبتا كالمشتري فلهذا قضينا بالعقدين ثم نص على الخلاف فيما اذا اختلفا في جنس المسلم فيه ولم يذكر ذلك فيما اذا اختلفا في صفته ومن أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال هو على الخلاف أيضا ومنهم من فرق لمحمد بينهما فقال باختلافهما في الصفة لا يتحقق الخلاف في العقد ألا ترى أنه قد يسلم في الجيد ويأخذ مكانه رديئا ويجوز أن يسلم في الرديء فيعطيه مكانه جيدا فعرفنا أن باختلاف الصفة لا يختلف العقد فلا يمكن القضاء هناك بالعقدين بخلاف الجنس فان بالسلم بالحنطة لا يجوز أخذ الشعير فكان الاختلاف في ذلك اختلافا في العقد وقد أثبت كل واحد منهما ما ادعى من العقد بالبينة فيقضى بالعقدين فان لم يكن لهما بينة وتحالفا فسخ القاضي العقد بينهما اذا طلب ذلك احدهما قطعا للمنازعة لما في امتدادها من الفساد ودفع الضرر عن كل واحد منهما باعادة رأس ماله اليه وقد بينا في باب اللعان انه يفرق بينهما بعد التلاعن من غير طلبهما لان حرمة الاجتماع بين المتلاعنين ما داما مصرين حق الشرع فلا يتوقف التفريق على طلبهما أو طلب أحدهما وهنا فسخ العقد حقهما فيتوقف على طلبهما أو طلب أحدهما. قال (فان لم يختلفا في المسلم فيه ولكن اختلفا في مكان الايفاء) فقال الطالب شرطت لي مكان كذا وكذا وقال المطلوب بل مكان كذا وكذا فان أقام البينة فالبينة بينة الطالب وان لم يكن لهما بينة فالقول قول المطلوب مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وان لم ينص عليه في الكتاب وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يتحالفان ويتردان السلم وقيل هذا الاختلاف على القلب فان من مذهب أبي حنيفة ان بيان مكان الايفاء شرط كالصفة فلا بد من ذكره فالاختلاف فيه يوجب التحالف عنده وعندهما ليس بمنزلة الصفة بل هو زائد لا يحتاج الى ذكره والاصح أن الخلاف في موضعه فان عندهما متعين مكان الايفاء موجب العقد ولهذا لا يحتاج الى ذكره بل يتعين موضع العقد للايفاء والاختلاف في موجب العقد يوجب التحالف وعند أبي حنيفة هو موجب بالشرط كالاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف ثم وجه قولهما أن المالية فيما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة فالاختلاف فيه كالاختلاف في

الصفة وهذا لان المقصود بالعقد المالية وأبو حنيفة يقول القياس يمنع التحالف تركنا ذلك بالسنة وانما جاءت السنة بالتحالف عند الاختلاف فيما هو من صلب العقد وهو البدل فاما المكان ليس من صلب العقد فالاختلاف فيه كالاختلاف في الاجل وهذا لان المعقود عليه لا يختلف باختلاف مكان تسليمه بخلاف الصفة فالمعقود عليه اذا كان دينا يختلف باختلاف صفته فلهذا فرق بينهما في حكم التحالف • قال(وان اختلفا في الاجل فهو على ثلاثة أوجه اماأن يختلفا في مقدار الاجل أو في مضي الاجل أو في أصل الاجل فان اختلفا في مقدار الاجل فقال الطالب كان الاجل شهراً وقال المطلوب شهرين فالقول قول الطالب مع يمينه)لان الاجل حق المطلوب قبل الطالب فان باعتباره تتأخر مطالبته عنه فالمطلوب يدعى زيادة في حقه والطالب ينكر والقول قول المنكر مع يمينه فان أقاما البينة فالبينة بينة المطلوب لاثباته الزيادة في حقه وان اختلفا في مضيه فقال الطالب كان الاجل شهراً وقد مضى وقال المطلوب انما عقدنا العقد اليوم والاجل شهر فالقول قول المطلوب إما لان الطالب يدعى تاريخا سابقا في العقد والمطلوب منكر لذلك أو لانهما تصادقا على ثبوت الاجل حقا للمطلوب ثم الطالب يدعى ايفاء حقه والمطلوب ينكر فالقول قول المنكر وان أقام البينة فالبينة بينة المطلوب أيضا لان المقصود اثبات الاجل وذلك ببينة المطلوب لانه يثبت قيام الاجل في الحال والطالب ينفي ذلك ببينته فكان القول قوله من وجه والبينة بينة من وجه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله لانكاره الضمان وان أقام البينة فالبينة بينته أيضا لاثباته الرد فان اختلفا في شرط الاجل ففي القياس القول قول من ينكر شرط الاجل والعقد فاسد لان عقد السلم لا يصح الا باشتراط الاجل فمن ينكر الاجل فهو منكر للعقد في المعنى فالقول قوله ولان الاجل شرط زائد فاذا اختلفا فيه كان القول قول من ينكره كالخيار في البيع استحسن أبو حنيفة فقال القول قول من يدعى الاجل أيهما كان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كان الطالب يدعى الاجل فكذلك وان كان المطلوب هو الذى يدعي الاجل فالقول قول الطالب لانكاره قياسا لان الاجل حق المطلوب قبل الطالب فاذا ادعاه المطلوب وأنكر الطالب فكلاهما خرج مخرج الدعوى والانكار فكان القول قول المنكر واذا ادعى الطالب الاجل فكلام المطلوب في الانكار تعنت لان الطالب أقر له بحقه وهو أنكر ذلك ليفسد العقد ولا يلتفت الى قول المتعنت فهو كما لو اختلفا المضارب ورب المال فقال رب المال شرطت لك

نصف الربح الاعشرة وقال المضارب بل شرطت لى نصف الربح فالقول قول رب المال لانكاره الزيادة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب الاعشرة فالقول قول رب المال لان المضارب متعنت فى انكاره بعض ما أقر به ليفسد العقد وأبو حنيفة يقول الأجل من شرائط السلم فاتفاقهما على عقد السلم يكون اتفاقا علي شرائطه فكان المنكر منهما للأجل راجعا عما أقر به والرجوع عن الاقرار باطل ألا ترى ان الاختلاف لو وقع بين الزوجين فى النكاح أنه كان بشهود أو بغير شهود يجعل القول قول من يدعى أن النكاح بشهود لهذا المعنى وهذا لان شرط الشيء تبع له وثبوت التبع بثبوت الاصل ألا ترى ان من نذر صلاة تلزمه الطهارة فاتفاقهما علي أصل العقد يكون اتفاقا على ماهو من شرائطه فان أقام البينة فالبينة بينة من يثبت الاجل لانه يثبت ببينته شرط صحة العقد اذ الاجل شرط زائد كالخيار فمن يثبته بالبينة كانت بينته أولى بالقبول. قال (واذا تتاركا السلم بعد قبض رأس المال ثم اختلفا فى رأس المال فالقول قول المطلوب مع يمينه والبينة بينة الطالب) لانه يثبت الزيادة ببينته والمطلوب ينكر تلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه ولا يتحالفان بخلاف بيع العين فانهما اذا اختلفا هناك فى الثمن بعد الاقالة تحالفا وهذا لان المقصود بالتحالف الفسخ والاقالة كالبيع فى احتمال الفسخ ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد الاقالة قبل الرد تنفسخ الاقالة ولو وجد به عيبا فان حدث عند المشترى يرده بذلك واقالة السلم لا تحتمل الفسخ حتى لو كان رأس المال عيناً لم تنفسخ الاقالة بالهلاك فى يد المسلم اليه ولا بالرد بالعيب وهذا لان المسلم فيه دين وبالاقالة يسقط والساقط متلاشى فلا يتصور فسخ السبب فيه وانما كان وجوبه بالعقد فلا يبقى بعد انفساخ العقد وبدون بقاء ما تتناوله الاقالة لا يتصور فسخ الاقالة وهناك العقد تناول العين وهو باقى بعد الاقالة. قال (واذا أسلم الرجل عشرة دراهم الى رجل فى طعام فوجد فيها درهما زائفا بعد ماافترقا فانكر رب السلم أن يكون ذلك من دراهمه فالقول قول المسلم اليه مع يمينه) لانه ينكر استيفاء حقه لان حقه في الجياد وهذا بخلاف بيع العين فان هناك المشترى اذا طعن بعيب وانكر البائع ان يكون ما أحضره هو المبيع فالقول قول البائع لان العقد تناول العين وقد تصادقا على قبض المشترى لما هو المعقود عليه ثم المشترى يدعى عليه لنفسه حق الرد والبائع منكر لذلك وهنا حق المسلم اليه يثبت فى الجياد دينا وهو منكر لقبض الجياد فالقول قوله وهذا اذا لم يسبق منه اقرار باستيفاء الجياد او باستيفاء حقه او باستيفاء رأس المال بان

كان ساكتا أو أقر بقبض الدراهم فاسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف فأما اذا أقر بشيء مما ذكرنا كان هو في دعوى الزيافة بعد ذلك مناقضاً فلا يقبل قوله . قال (واذا أسلم اليه مائة درهم في طعام وأعطاه بعضها وأحاله على رجل ببعضها وبقي عنده بعضها ثم تفرقا فله من السلم بحساب ما نقده وقد بطل ما سوى ذلك) لافتراقهما قبل قبض رأس المال فانه بالحوالة لا يصير قابضا بل حقه في ذمة المحال عليه كهو في ذمة المحيل وقد بطلت الحوالة لانها كانت برأس مال السلم وقد بطل حق المسلم اليه عن ذلك حين افترقا قبل القبض فتبطل الحوالة لذلك ويرجع رب السلم بالدراهم التي أحاله بها على المحتال عليه يريد به ان ذلك كان دينا للمحيل على المحتال عليه فيرجع عليه بدينه كما كان . قال (ويجوز أن يسلم الحيوان ولا مالا يكال ولا يوزن فيما يكال ويوزن) لان رأس المال معجل في هذا العقد يجوز تعينه فكل مايصلح مبيعا عينا يصلح أن يكون رأس المال وانما يجوز السلم عند انعدام وصفي علة ربا الفضل الجنسية والقدر وقد وجد ذلك قال (ويسلم الثوب القوهي في الثوب الهروي والمروي وما أشبه ذلك من الثياب المختلفة باختلاف البلدان والصنعة يسلم بعضها في بعض وكذلك الزطي في الهروي والكسا في الطيلسان والطيلسان في الكسا والثوب من الكتان في الثوب من القطن إما لاختلاف الاصول أو لاختلاف الصنعة على وجه يوجب تبديل الاسم والمقصود والوذاري يراد به ما لا يراد به البلدي والزند يجى كذلك وان كان أصل الكل واحدا وهو القطن وهو كالسملاطوى مع الخمار الاسود جنسان وان اتحد الاصل وهو الابريسم واليعفوري مع الكسا جنسان وان اتحد الاصل وعند اختلاف الجنس فيما لا يكال ولا يوزن يجوز اسلام البعض في البعض . قال (ولا بأس بالسلم في الكتان والقطن والقز والابريسم لأنه موزون معلوم مقدور التسليم وان اشترط أن يوفيه السلم في مدينة كذا وفي مصر كذا فحيث مادفعه اليه من ذلك المصر أو من تلك المدينة فله ذلك وليس لرب السلم أن يكلفه تسليمه اليه في موضع آخر منه لان المستحق بالشرط أدنى ما يتناوله الاسم كما بينا في شرط الجيد فحيث مادفعه اليه في ذلك المصر فقد وفى بالشرط ولان نواحي المصر في المصر كمكان واحد بدليل جواز عقد السلم فاذا لم يعين موضعا من المصر كان له أن يسلم في أي موضع شاء منه فان ﴿قيل﴾ أليس أنه اذا استأجر دابة الى مصر كذا فدخلها كان له ان يتبلغ عليها الى منزله في المصر ﴿قلنا﴾ هذا مستحسن للعرف والعادة فان الانسان اذا استأجر دابة الى مصر من الامصار أنه لا يستأجر دابة أخرى بعد دخول ذلك المصر

ليتبلغ عليها الى منزله فالمستحسن من القياس بالعرف لا يرد نقضا علي القياس ولا يعدو الموضع الذى فيه العرف . قال (ولا خيار في السلم في المسابق والفرا لانها تختلف منها الصغيرة والكبيرة والمسبق ماله كمان طويلان كما يكون للاكراد وبعض العرب والفرو مالا كم له . قال (الا أن يشترط من ذلك شيئا معروف الطول والعرض والتقطيع والصفة فحينئذ يجوز لانه معلوم مقدور التسليم . قال (ولا خير في السلم في كل شئ اشترط فيه الاوقار والاحمال) لان ذلك يختلف فبعضها يكون أثقل من بعض وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة بينهما . قال (وان اشترط على المسلم اليه ان يحمل السلم الى منزل صاحب السلم بعد ما يوفيه اياه فى المكان الذى شرطه فلا خير فيه على هذا الشرط)لان العقد ينتهى بالايفاء في المكان المشروط ثم قد شرط لنفسه منفعة بعد انتهاء العقد وهو الحمل وذلك مفسد للعقد كما لو شرط أن يطحنه وان اشترط أن يوفيه إياه فى منزله فلا بأس به استحسانا والقياس فيه مثل الاول من أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول موضع هذا القياس والاستحسان اذا اشترط ان يوفيه في منزله بعد ما يوفيه فى مكان كذا ليكون الفصل الثانى على وزان الفصل الاول وفى القياس لا يجوز لاشتراطه منفعة لنفسه بعد ما انتهى العقد نهايته اذ لا يتأتى ايفاؤه فى منزله بعد الايفاء في المكان المشروط الا بالحمل فلفظ الحمل والايفاء فيه علي السواء وفى الاستحسان . قال(ان اشترط بلفظة الايفاء فالثانى مثل الاول من جنسه فينفسخ به الشرط الاول ويصير كانه اشترط ابتداء هذا فأما الحمل ليس من جنس الايفاء فلا ينفسخ به الشرط الاول وهو نظير مالو باعه بألف ثم باعه بالفين انفسخ به العقد الاول ولو وهبه لم ينفسخ به العقد الاول وبيان المجانسة ان العقد يقتضي الايفاء لامحالة ولا يقتضي الحمل ألا ترى أن رب السلم قد يأتى الى المسلم اليه ليوفيه فى منزله فلا يحتاج الى الحمل فعرفنا أن الحمل ليس من جنس الايفاء من حيث أن العقد قد يخلو منه وقيل بان القياس والاستحسان فيما اذا اشترط ابتداء أن يوفيه فى منزله فى القياس لا يجوز لانه لم يعين منزله وانما المراد منزله عند حلول الاجل وذلك غير معلوم وقد يكون في هذا المصر وقد يكون فى مصر آخر ولكنه استحسن فقال العادة لم تجر باستبدال المنزل بالمنزل في كل وقت أو الانتقال من المصر الى المصر للتوطن ومنزله للحال معلوم فباعتبار الظاهر يكون هذا منزله عند حلول الاجل والتعين بالعرف كالتعيين بالنص وقيل بل موضع القياس والاستحسان ما اذا شرط أن يوفيه فى منزله ولا يعلم المسلم اليه منزله فى المصر

في أي محلة هو ففي القياس لا يجوز للجهالة وفي الاستحسان يجوز لان نواحي المصر كمكان واحد ولكن في هذين الوجهين لا فرق بين ان يكون بلفظ الحمل أو بلفظ الايفاء وفى الكتاب قال نأخذ بالحمل فى القياس وفى هذا بالاستحسان فعرفنا أن مراده الوجه الاول . قال (ولا بأس بالسلم بالجبن والمصل) لانه موزون معلوم وبعض المتأخرين رحمهم الله يقولون هذا فى مصل ديار خوارزم فانه لا يخالطه الدقيق فاما فى مصل ديارنا ينبغى أن لا يجوز لانه يخالطه دقيق الشعير وقد تقل ذلك وقد يكثر وبجنسه تختلف المالية فكان قياس السلم فى الناطف المموه والاصح أنه ان كان معلوما عند أهل الصنعة على وجه لا يتفاوت فالسلم صحيح . قال (واذا اختلفا فقال رب السلم أسلمت اليك فى ثوب يهودى وقال المسلم اليه بل هو فى زطى يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه) لاختلافهما فى جنس المعقود عليه وأيهما أقام البينة وجب قبول بينته وان أقاما البينة فالبينة بينة الطالب فى قول أبي يوسف وفى قول محمد يقضى بسلمين اذا كانا فى المجلس وقد بينا هذا واذا اتفقا على انه يهودى غير أن الطالب قال هو ستة أذرع في ثلاثة أذرع وقال المطلوب خمسة أذرع فى ثلاثة أذرع في القياس يتحالفان ويترادان وبالقياس نأخذ وفى الاستحسان القول قول المطلوب لان المسلم فيه مبيع ولو كان مبيعا عينا واختلفا فى طوله وعرضه لا يتحالفان بل القول قول من ينكر الزيادة فكذلك فى السلم وهذا لان زيادة الطول والعرض لا تستحق الا بالشرط فكان بمنزلة الاجل وقد بينا أنهما اذا اختلفا فى الاجل لم يتحالفا فهذا مثله وفى القياس المسلم فيه دين والذرعان لا علامة فى المذروعات بمنزلة العقد في المقدورات ولو اختلفا في مقدار المسلم فيه تحالفا ثم أكثر ما في الباب ان الذرعان صفة ولكن المسلم فيه دين فيختلف باختلاف الصفة وقد بينا هذا فى الجيد والردى انهما اذا اختلفا فيه تحالفا فكذلك فى الذرعان ونأخذ بالقياس لقوة جانب القياس والاستحسان قياسان فأيهما كان أثره أقوى يؤخذ به ولم يذكر هذا القياس والاستحسان عند الاختلاف فى صفة الجودة والرداءة لتحقق المغايرة بينهما والجيد غير الردى اذا كان دينا ولا يتحقق مثل تلك المغايرة هنا فالطويل من الثوب قد يصير قصيرا بقطع بعضه والقصير قد يزاد فيه فيصير طويلا فلهذا ذكر القياس والاستحسان هنا ولم يذكر ثمنه . قال (واذا اختلفا فى السلم أو في رأس المال ولم يقبضه ولم يتفرقا) فالحاصل ان هذه ثلاثة فصول (أحدها) أن يكون الاختلاف فى رأس المال وهو على وجهين أما أن يكون عينا

أو دينا فان كان عينا فقال الطالب أسلمت اليك هذا الثوب في كر حنطة وقال المطلوب بل هذا الثوب الآخر وأقاما البينة فانه يقضي بالسلمين بالاتفاق لان كل واحد منهما ببينته يثبت حقه فالطالب يثبت ازالة الثوب بالذى عينه عن ملكه بكر حنطة والمطلوب يثبت ملكه في الثوب الآخر فلا بد من القضاء بالعقدين وان قال الطالب أسلمت اليك هذا الثوب وقال المطلوب مع هذا الثوب الآخر وأقاما البينة فالبينة بينة المطلوب بالاتفاق لان القضاء بالعقدين غير ممكن فالثوب الواحد لا يكون جميع رأس المال فى عقد وبعض رأس المال فى عقد آخر والمطلوب يثبت الزيادة فى حقه ببينته فلهذا قضينا ببينته باسلام الثوبين فى كر حنطة وان كان رأس المال ديناً فان اختلفا في جنسه فقال رب السلم عشرة دراهم فى كر حنطة وقال المسلم اليه دينار في كر حنطة وأقاما البينة فلا اشكال على قول محمد أنه يقضى بالعقدين وقيل هكذا ينبغي فى القياس على قول أبي يوسف اعتباراً للدين بالعين والدنانير غير الدراهم ولكنه استحسن فقال يقضى بعقد واحد وتكون البينة بينة المطلوب لان الطالب لما لم يثبت لنفسه شيئاً اذ لا مؤنة عليه فيما في ذمته وحقه في الكر ثابت باتفاقهما والمطلوب يثبت حقه ببينته فكانت بينته أولى وان اختلفا فى قدر رأس المال فقال الطالب عشرة دراهم وقال المطلوب عشرون وأقاما البينة فهو على هذا الخلاف وكذلك لو كان الاختلاف في المسلم فيه في الجنس والقدر وقد بينا الاختلاف وان كان الاختلاف فيهما جميعا بأن قال رب السلم عشرة دراهم فى كرى حنطة وقال المسلم عشرون درهما في كر حنطة فعند أبي يوسف تقبل بينة كل واحد منهما على مايدعى من الزيادة فى حقه ويقضى بعقد واحد وهو اسلام عشرين درهما فى كرى حنطة وعند محمد يقضى بعقدين كما شهد به كل فريق فالحاصل أن عند محمد يقضي بعقدين ما أمكن الا اذا تعذر فحينئذ يشتغل بالترجيح للضرورة وعند أبي يوسف يقضى بعقد واحد الا اذا تعذر فحينئذ يقضى بعقدين للضرورة وقول أبي حنيفة كقول أبي يوسف رحمهما الله. قال (ولو أسلم عبداً أو ثوبا فى حنطة أو شعير ولم يسم رأس مال كل واحد منهما فهو جائز) لما بينا أن الثوب والعبد ليس بمقدر فلا يضر ترك تسمية رأس مال كل واحد منهما ولكن ينقسم عليهما باعتبار القيمة كما لو اشترى كر حنطة وكر شعير عينا بثوب واحد أو عبد بعينه فانه ينقسم باعتبار القيمة للتعارض بينهما وليس أحدهما فى تخصيصه بشيء بأولى من الآخر. قال (واذا باع جارية بألف مثقال ذهب وفضة أو دراهم ودنانير كان

له من كل واحد منهما النصف لان الواو للعطف ومطلق العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المعطوف والمعطوف عليه الا أنه اذا كان قال الف مثقال فعليه خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة لانه فسر المثاقيل بالذهب والفضة وان قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم فينصرف اليه وكل مايصلح أن يكون عوضاً في البيع يصلح ذلك في الاجارة أيضاً لان المنافع في حكم الاموال أو بالعقد يثبت لها حكم المالية حتى لا يثبت الحيوان دينا فيه في الذمة لاحالا ولا مؤجلا كما في البيع ويثبت المكيل والموزون حالا ومؤجلا والثياب الموصوفة فيه تثبت مؤجلة لاحالة لان استقراض الثياب لايجوز والسلم فيها صحيح والقرض لايكون الا حالا والسلم لايكون الا مؤجلا فعرفنا أنها تثبت في الذمة مؤجلة لاحالة لان استقراض الثياب لايجوز عوضا عما هو مال واما الحيوان لايجوز استقراضه ولا السلم فيه فعرفنا أنه لا يثبت في الذمة مؤجلا ولاحالا بدلا عما هو مال. قال (واذا أسلم اليه عشرة دراهم في عشرين مختوم شعير أوعشرة مخاتيم حنطة بالشك أنه يعطيه أيهما شاء فلاخير فيه) لان المسلم فيه مبيع وهو مجهول حين ادخل حرف أو بين الحنطة والشعير ومثل هذه الجهالة في بيع العين يمنع جواز العقد ففي السلم أولى وكذلك لو قال ان اعطيتني الي شهر فكذا أو ان أعطيتني الي شهرين فكذا فهو فاسد لجهالة المعقود عليه عند لزوم العقد إما جنسا وإما قدراً لان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن صفقتين في صفقة وعن شرطين في بيع وتفسير ذلك هذا ونحوه. قال (ولا يستطيع رب السلم أن يبيع ماأسلم فيه قبل القبض) لان المسلم فيه مبيع وبيع المبيع قبل القبض لايجوز لحديث عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض ولمابعث رسول الله صلى الله عليه وسلم غياث بن أسد رضي الله عنه قاضيا وأميراً قال انههم عن أربعة عن بيع مالم يقبضوا وعن ربح مالم يضمنوا وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف ولان العين أقبل للتصرف من الدين ثم المبيع العين اذا كان منقولا لايجوز التصرف فيه قبل القبض لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف فاذا كان دينا أولى وذلك الغرر هنا قائم فان الدين يتوي بفوات محله يعني اذا مات المديون مفلسا ولهذا تبطل الحوالة فكما لا يبيع المسلم فيه قبل القبض لايشرك فيه شريكا ولا يوليه أحداً لان التولية تمليك مايملك بمثل ماملك به والاشراك تمليك مثل ما ملكه بمثل

نصف ماملك به فكما لايجوز هذا التصرف منه فى الكل لايجوز منه فى البعض . قال (رجل قال لرجل اسلمت الى عشرة دراهم فى كرحنطة ثم قال بعد ماسكت ولكنى لم أقبض الدراهم منك وقال رب السلم بل قبضتها فالقول قول رب السلم استحسانا وفى القياس القول قول المسلم اليه) وكذلك لوكان رأس المال ثوبا وجه القياس ان السلم اسم للعقد واقراره لايكون إقراراً بالقبض كالبيع فانه اذا قال ابتعت منك كذا ثم قال لم أقبض كان القول قوله فى ذلك لانه منكر للقبض والآخر يدعى عليه التسليم فجعل القول قول المنكر فكذا في السلم ألا ترى أنه لو قال ذلك موصولا بكلامه كان القول قوله ولو صار بالاقرار بالسلم مقراً بالقبض لكان هذا رجوعا والرجوع لايعمل موصولا كان أومفصولا ولكنه استحسن فقال السلم أخذ عاجل بآجل فطلقه يقتضى الاقرار بالعقد والقبض جميعا فكان قوله لم أقبضه بيانا فيه تغيير لمقتضى مطلق كلامه والبيان المغير للفظه صحيح موصولا بكلامه لامفصولا وهذا تخصيص للفظه العام والتخصيص ممن لايملك الابطال صحيح موصولا لامفصولا بمنزلة الاستثناء قال في الاصل وهذا مثل قوله قد أعطيتنى عشرة دراهم فى كر حنطة أو أسلفتنى أو أقرضتنى عشرة دراهم برؤسها ثم قال لم أقبض والقياس والاستحسان في الكل ولكن من عادته الاستشهاد بالاوضح وكذلك لو قال على ألف درهم من ثمن جارية بعتنيها ثم قال لم أقبضها وقال الآخر قد قبضت فهو غير مصدق فى قوله لم أقبضها وصل أم قطع فى قول أبى حنيفة وكان أبو يوسف يقول أولا ان وصل يصدق وان فصل لم يصدق ثم رجع وقال اذا فصل يسأل المقر له عن جهة المال فان أقر بجهة البيع وقال قد قبضتها فالقول قول المقر انى لم أقبضها وان قال المال عليه من جهة أخرى فالقول قوله والمال لازم على المقر وهو قول محمد وهذا فى الحقيقة ليس برجوع بل تفسير لما أبهمه في الابتداء وجه قولهما انهما تصادقا على البيع فالبائع يدعي تسليم المعقود عليه والمشترى منكر فالقول قول المنكر كما لو قال ابتعت منك جارية بألف درهم ثم قال لم أقبضها أوقال لك علي ألف درهم ثمن هذه الجارية التى بعتها منى ولم أقبضها فالقول قوله في ذلك فان لم يصدقه المقر له فى الجهة فقد أقر بوجوب المال له عليه ثم ادعى ما يسقطه فلا يصدق اذا كان مفصولا لما بينا ان قوله لم أقبضها بيان مغير لموجب اقراره فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء اذا قال لفلان على ألف درهم الا مائة أوقال الا وزن خمسة وأبوحنيفة يقول أقر بالقبض ثم رجع والرجوع باطل موصولا كان أو

مفصولا ومعنى هذا انه أقر بكون المال دينا فى ذمته بقوله له علي ألف درهم ثمن جارية غير معينة وثمن الجارية التي هى غير معينة لا يكون واجبا الا بالقبض لان التى هى غير معينة فى حكم المستهلكة وثمن الجارية المستهلكة لا يكون واجبا الا بعد القبض فعرفنا أنه أقر بالقبض ثم رجع بخلاف قوله ابتعت فهنالك ما أقر بان المال واجب فى ذمته انما أقر بالابتياع وذلك لا يكون اقراراً بالقبض وبخلاف قوله ثمن هذه الجارية لانه انما أقر بوجوب المال عليه بمقابلة جارية معينة وثمن الجارية المعينة يكون واجبا قبل القبض يوضحه انه أقر بالمال وادعي لنفسه أجلا غير متناه فان المشترى لا يلزمه تسليم الثمن الا بعد احضار البائع المبيع وما من جارية يحضرها البائع الا وللمشترى أن يقول المبيعة غيرها ولو ادعى لنفسه أجلا معلوما كشهر أو سنة لم يقبل قوله فى ذلك وصل أو فصل فهنا أولي بخلاف الجارية المعينة فان هناك ما ادعى لنفسه أجلا لانها حاضرة وانما أقر علي نفسه بالمال بشرط أن يسلم له تلك الجارية ألا ترى أن المقر له لو قال الجارية جاريتك ما بعتها ولى عليك ألف درهم يلزمه المال ولوقال الجارية جاريتى ولي عليك المال لم يلزمه شيء لانه لم يسلم له شرطه . قال (واذا أسلم الرجل الى رجل في كر حنطة فأعطاه كرا بغير كيل فليس له ان يبيعه ولا يأ كله حتى يكتاله لان المسلم فيه مبيع وانما اشتراه رب السلم بذكر الكر فلا يتصرف فيه حتى يكتاله والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى يعنى اذا اشتراه بشرط الكيل فليس له ان يكتفى بكيل البائع ولا يتصرف فيه بعد القبض حتى يكيله وهذا لانه انما علك المعقود عليه والمعقود عليه القدر المسمى ولا يعلم ذلك الا بالكيل ألا ترى أنه لو كاله فوجده أزيد يلزمه رد الزيادة وتصرفه من حيث الا كل والبيع بحكم الملك فما لم يتعين ملكه بمعرفة المقدار لم يكن له ان يتصرف فيه وان هلك عنده وهو مقر بأنه كر واف فهو مستوف لانه قبضه على وجه التملك بعقد السلم فيصير مضمونا عليه بالقبض وقد هلك عنده فيلزمه مثله وقد أقر أنه كان كراً فيصير مستوفيا بطريق المقاصة لان ما فى المقاصة آخر الدينين قضاء عن أولهما وآخره دين المسلم اليه فيصير رب السلم مقتضيا طعام السلم به ولان القبض تلاقى العين واستيفاء الدين لا يكون الا من العين فاذا أقر أنه كان كراً فقد علمنا انه بقبضه صار مستوفيا لحقه وهذا الحكم فى كل مكيل وموزون فأما فى المذروعات له أن يتصرف قبل الذرع لان الذرع

صفة حتى لو وجدوه أزيد يسلم له الزيادة ولو وجده أنقص لا يحط شيئاً من الثمن فعرفنا ان الملك بالعقد انما يثبت له في العين وقد تم قبضه في العين وفي العدديات المتقاربة أظهر الروايتين عن أبي حنيفة أنه لا يتصرف قبل العد في العدديات مقدار كالكيل والوزن حتى لو وجده زائدا لا يسلم له الزيادة ولو وجده أنقص يحط حصة النقصان من الثمن وقد روى عنه انه جوز التصرف فيه قبل العد وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان بصفة العدد لا يصير مال الربا فهو بمنزلة الذرع في المذروعات والزيادة والنقصان لا يتحققان فيه الا بغلط في العدد بخلاف الكيل والوزن والزيادة والنقصان هناك يظهران باجتهاد من الكيال والوزان من غير أن يتيقن بالخطأ فيه وهنا الزيادة والنقصان لا يظهران الا بغلط فى العد فكان العقد متنا ولا للعين فيجوز التصرف فيه قبل العد كما فى المذروعات وجه قول أبي حنيفة رضى الله عنه أن المقصود عليه فى العدديات العدد لانه مقدار كالكيل والوزن ألا ترى أنه لو وجده أزيد لا يسلم له الزيادة ولو وجده أنقص يحط بحصة النقصان من الثمن فصار المعقود عليه القدر والقدر لا يصير معلوما الا بالعد الا أنه لا يجرى فيه الربا لانه صار عدديا باصطلاح الناس لا بجعل الشرع أمثالا متساوية فاذا باع جوزة بجوزتين فقد أعرضا عن ذلك الاصطلاح وما ثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاحهم أيضاً بخلاف المكيل والموزون . قال (وان اشترى المسلم اليه من رجل كرا ثم قال لرب السلم اقبضه قبل أن يكتاله من المشترى فليس ينبغى لرب السلم أن يقبضه حتى يكتا له المشترى) لان فى هذا القبض وكيل المسلم اليه فكما أن المسلم اليه لو قبض بنفسه كان عليه أن يكيله فكذلك اذا قبضه وكيله كان عليه أن يكتاله للمسلم اليه بحكم الشراء ثم يكيله ثانيا للقبض بنفسه بحكم السلم وليس له أن يأخذ بكيله ذلك لانه فى ذلك نائب عن المسلم اليه فكأن المسلم اليه فعله بنفسه ثم سلمه اليه فعليه ان يكتاله لنفسه بحكم السلم وهو المراد من قوله صلى الله عليه وسلم حتى يجرى فيه الصاعان أى اذا اتلقاه البائع من غيره بشرط الكيل ولقاه غيره بشرط الكيل واختلف مشايخنا رحمهم الله فى فصل وهو ما اذا اشترى طعاما مكايلة فكاله البائع بمحضر من المشترى ثم سلمه اليه فمنهم من يقول ليس للمشترى ان يكتفى بذلك الكيل ولكنه يكيله مرة أخرى استدلالا بهذه المسئلة وكيل البائع بحضرته لا يكون أقوى من كيله بنفسه والاصح له أن يكتفى بذلك الكيل لان استحقاق الكيل بحكم عقده فقمل

البائع بحضرته كفعله بنفسه وفى مسئلة السلم استحقاق الاول بالكيل كان بالشراء فلا ينوب ذلك عن الكيل المستحق بالسلم فلهذا يلزمه الكيل مرة أخرى فان دفع المسلم اليه الى رب السلم دراهم فقال اشترى لى بها طعاما فاقبضه لي بكيل ثم كله لنفسك بكيل مستقبل كان جائزاً لانه وكيل المسلم اليه فى الشراء له وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه اشتراه بنفسه ثم أمر رب السلم بقبضه وهى المسئلة الاولى ولو قال رب السلم للمسلم اليه كل مالى عليك من الطعام فأعز له فى بيتك أوفي غرائرك ففعل ذلك لم يكن رب السلم قابضا بمنزلة قوله اقبضه لى بيسارك من يمينك وهذا لان المسلم فيه دين على المسلم اليه والمديون لا يصلح أن يكون نائبا عن صاحب الدين فى قبض الدين من نفسه ولو وكل رب السلم بقبض ذلك غلام المسلم اليه أو ابنه فهو جائز لانه يصلح نائبا عن رب السلم فى قبض حقه وهو في ذلك كأجنبي آخر والانسان يصير قابضا حقه بيد نائبه كما يصير قابضا بيد نفسه. قال (ولو دفع اليه غرائره فقال كل مالى عليك اجعله فى غرائرى ففعل ذلك ورب السلم ليس بحاضر لم يكن ذلك قبضا) وفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى منه طعاما بعينه على انه كر ثم دفع اليه غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل فانه يصير قابضا والفرق بينهما ان القبض فى باب السلم موجب بملك العين وغرائره لا تصلح نائبة عنه في تملك العين وفى باب الشراء قد ملك العين بالعقد وانما القبض للاحراز والغرائر تصلح نائبة عنه فى الاحراز والثانى أن أمره بالكيل فى غرائره غير معتبر بنفسه فى السلم لان المسلم اليه انما يكيل ملك نفسه وله فى ملك نفسه ولاية الكيل من غير اذنه فأما فى الشراء اذنه معتبر فى الكيل لانه انما يكيل ملك المشترى وله فى ملك نفسه اذن معتبر فكان كيله فى غرائره ككيل المشترى بنفسه ألا ترى انه لو أمر المسلم اليه بان يطحن ما عليه من طعام السلم ففعل ذلك كان الدقيق له ولا يكون لرب السلم ان يقبضه لانه يصير به مستبدلا وفى الشراء لو أمره ان يطحنه ففعل جاز وكان الدقيق للمشترى وكذلك فى الشراء لو أمره أن يلقيه في البحر ففعل جاز وكان الثمن مقرراً عليه ولو أمره بذلك فى السلم لم يجز ثم. قال (فى الشراء وله ان يبيعه اذا كان له البائع فى غرائر المشترى بأمره قبل هذا غلط) لان الغرائر نائبة عنه في الاحراز لا فى معرفة القدر فكأنه قبضه بنفسه فلا يتصرف فيه حتى يكيله ولكن ما ذكره في الكتاب أصح لما بينا أن أمره إياه بالكيل معتبر لمصادفته ملكه فكان البائع فى الكيل كالنائب عنه والغرائر فى القبض

والاحراز تنوب عنه وفعل نائبه كفعله بنفسه وفي السلم ان كان في الغرائر طعام لرب السلم فكاله فيه بأمره فقد قيل لا يصير قابضا لما ذكرنا ان أمره غير معتبر في ملك الغير قال رضى الله عنه والاصح عندي أنه يصير قابضا هنا لانه أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يمكن التميز معتبر فيصير بهذا الخلط قابضا وهو مثل ما ذكر في كتاب الصرف لو دفع الي صائغ نصف درهم فضة وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لي منهما خاتما ففعل ذلك جاز وصار بالخلط قابضا له . قال (واذا اسلم الرجل في كر حنطة ثم اسلم المسلم اليه الى رب السلم في كر حنطة وأجلهما واحد وصفتهما واحدة او مختلفة لم يكن احدهما قصاصا بالآخر اذا حلا وان تقاصا) لان المسلم فيه مبيع فيستحق قبضه بحكم العقد ولا يجوز ان يقضي به دين آخر لان المستحق بعقد السلم قبض بكيل بعد عقد السلم ولا يحصل ذلك بقضاء دين آخر به فاذا تقاصا فلابد من ان يكون أحدهما قابضا المسلم فيه ويكون دينا عليه وذلك غير جائز . قال (فان كان أولهما مسلما والآخر قضاء لا يصير احدهما قصاصا في الحال من قبل ان القصاص عبارة عن المساواة ولا مساواة بينهما لان أحدهما معجل والآخر مؤجل والمعجل خير من المؤجل الا اذا حل الاجل في السلم فحينئذ يكون احدهما قصاصا بالآخر ولا بأس بأن يكون قصاصا اذا كان سواء تقاصا أولم يتقاصا لوجود القبض بكيل بعد عقد السلم وهو قبض المستقرض ألا ترى ان رب السلم لو غصب من المسلم اليه كرا بعد ما حل طعام السلم كان مستوفيا حقه بطريق المقاصة فكذلك اذا استقرض وهذا لان في باب المقاصة آخر الدينين قضاء من أولهما ولا يكون أول الدينين قضاء عن آخرهما لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه ولهذا في الدين المشترك لو وجب للمدين على أحد الشريكين دين بقدر حصة وصار قصاصا كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصفه لانه صار مستوفيا حصته ولو كان دين المديون عليه سابقا علي دينهما فصار قصاصا لم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشئ لانه صار بنصيبه قاضيا دينا عليه لامقتضيا اذا ثبت هذا فنقول اذا كان آخر الدينين قرضا فالمسلم اليه بما أوجب له من القرض يصير قاضيا طعام السلم ورب السلم يكون مستوفيا واذا كان القرض أولا لم يكن قصاصا وان تقاصا به لان رب السلم يصير قاضيا بطعام السلم ما عليه من القرض ودين السلم يجب قبضه ولا يجوز قضاء دين آخر به فان كان للمسلم اليه كر حنطة دينا على رجل أو استقرض من

رجل كراً فقال لصاحب السلم كله فاكتاله رب السلم كيلا واحداً جاز ويصير قابضاً لان القرض لايشترط فيه الكيل ألا ترى أن المقرض لواسترد ماأقرض ولم يكله كان له أن يتصرف فيه والمستقرض لو قبض ولم يكل كانله أن تتصرف فيهورب السلم فى القبض من المقرض أو المستقرض نائب عن المسلم اليه فكما قبضه تم فيه ملك المسلم اليه قبل ان يكيله ثم انما يكيله بعد ذلك لنفسه بحكم السلم فلهذا يكفيه كيل واحد بخلاف ماسبق من الشراء فان المسلم اليه لما اشتراه بشرط الكيل لا يتعين ملكه الا بالكيل فكان الكيل الاول من رب السلم كتعيين ملك المسلم اليه فلا بد من ان يكيله لنفسه بعد ذلك كيلا مستقبلا ، قال (وان تاركا السلم ورأس المال ثوب فهلك عند المسلم اليه فعليه قيمته)وكذلك لو تاركا بعد هلاكه وهذه أربعة فصول(أحدها) ان يشترى عينا بدراهم فتقابضا ثم تقايلا ثم هلك المبيع قبل الرد بطلت الاقالة سواء كان الثمن قائما أو هالكا لان الاقالة رفع العقد وانما يرفع الشئ من المحل الوارد عليه ومحل العقد المعقود عليه والمعقود عليه المبيع دون الثمن فان الثمن معقود به ولهذا شرط قيام الملك فى المبيع عند العقد دون الثمن فان كان المبيع هالكا عند الاقالة فالاقالة باطلة لفوات محلها وكذلك اذا هلك بعد الاقالة قبل الرد لان العارض من هلاك المحل بعد الاقالة قبل الرد كالمقترن بالاقالة ألا ترى ان هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد ويجعل كالمقترن بالعقد(والثانى)لو تبايعا عبداً بجارية وتقابضا ثم تقايلا ثم هلك أحدهما بقيت الاقالة لان ابتداء الاقالة بعدهلاك أحد العوضين صحيح فان كل واحد منهما معقود عليه بدليل انه يشترط قيام الملك فى العوضين جميعا للمتعاقدين بخلاف الثمن ألا ترى ان بعد هلاك أحدهما يمكن فسخ العقد برد الآخر بالعيب فكذلك بالاقالة واذا جاز ابتداء الاقالة بعد هلاك أحدهما فكذلك تبقى الاقالة في القائم وعليه رد قيمة الهالك لانه تعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب للرد فترد القيمة اذا القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو هلكا جميعا بعد الاقالة قبل التراد بطلت الاقالة لان ابتداء الاقالة بعد هلاكهما باطل اذا لم يبق شئ من المحل الذي تناوله العقد فكذلك لاتبقى الاقالة بعد هلاكهما (والثالث) السلم اذا تقايلا ورأس المال عين فهلكت بعد الاقالة لم تبطل الاقالة لان ابتداء الاقالة بعد هلاك رأس المال صحيح فان السلم بمنزلة بيع المقابضة لان المسلم فيه مبيع معقود عليه فجازت الاقالة بعد هلاك ما يقابله واذا بقيت الاقالة فعليه رد قيمة

رأس المال لتعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب له والقول قول المطلوب في مقدار القيمة اذا اختلفا لان الطالب يدعى عليه زيادة وهو منكر لتلك الزيادة (والرابع) الصرف فانهما لو تصارفا دينارا بعشرة دراهم وتقابضا وهلك البد لان جميعا ثم تقايلا ثم هلك البد لان قبل التراد جازت الا قالة لان المعقود عليه ما استوجب كل واحد منهما فى ذمة صاحبه ألا ترى ان بعد الاقالة لا يلزمه رد المقبوض بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعا من الاقالة هذا هو الصحيح فى تخريج هذه المسائل وقع في الاصل تشويش وتقديم وتأخير وألفاظ مختلفة وذلك كله غلط من الكاتب وقد تكلف لتصحيحه بعض مشايخنا رحمهم الله فانه قال بعد مسئلة القرض ألا ترى انه لو اشتريا جارية بعبد وتقابضا فمات احدهما في يديه ثم تناقضا انه جائز ومعنى هذا الاستشهاد ان القرض وان كان في معنى البيع من حيث انه تمليك الطعام بمثله فليس ببيع حقيقة فلا يشترط فيه من الكيل مايشترط فى المبيع كما ان الا قالة فى حكم البيع ولكن ليس ببيع علي الحقيقة فيجوز بعد هلاك أحد العوضين وان كان لا يجوز ابتداء البيع فانه لو اشترى عبدا بقيمة جارية هالكة لا يجوز واليه أشار بقوله وليس هذا بمنزلة شراء الحى قبل أن يموت يعنى شراء الحى بقيمة الميت او شراء الحى بالحى اذا مات أحدهما قبل القبض ولكن هذا تكلف ولا يليق هذا اللفظ بفصاحة محمد رحمه الله فان شراء الحى يعلم انه يكون قبل ان يموت فعرفنا انه غلط من الكاتب ثم قال وكذلك السلم لان السلم بيع يعنى أن الاقالة بعد هلاك رأس المال يجوز كما يجوز فى بيع المقابضة الاقالة بعد هلاك أحدهما ثم قال ولا يشبه هذا الاثمان الدنانير بالدراهم يعنى ان في عقد الصرف تجوز الاقالة بعد هلاكهما بخلاف بيع المقابضة وفى بعض النسخ قال الدنانير والدراهم يعنى اذا اشتريا عينا بنقد ثم تقايلا فهلك المعقود عليه بطلت الاقالة فان كان الثمن قائما وقد قررنا هذا الفرق. قال (واذا أسلم الرجل الى رجل دراهم في كر حنطة فوجد فيها دراهم ستوقة فجاء يردها فقال المسلم اليه هذا من نصف رأس المال وقد بطل نصف السلم وقال رب السلم بل هو ثلث رأس المال فالقول قول المسلم اليه) لان السوقة ليست من جنس الدراهم فقد علمنا ان السلم لم يتم فى جميع الكر وحاصل الاختلاف بينهما فى قبض المسلم اليه مقدار حقه من رأس المال فرب السلم يدعى عليه أنه قبض ثلثى حقه والمسلم اليه ينكر القبض فيما زاد علي النصف فكان القول قول المنكر مع يمينه وعلي المدعى أن يثبت مايدعيه

بالبينة واذا أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة فأقام رب السلم البينة أنهما تفرقا قبل قبض المسلم اليه رأس المال وأقام المسلم اليه البينة أنه قبض رأس المال قبل أن يفترقا فالسلم جائز ويؤخذ بينة المسلم اليه لانها تثبت القبض فى المجلس وبينة رب السلم تنفى ذلك والبينات تترجح بالاثبات ولم يذكر في الكتاب أنه لولم يكن لهما بينة فالقول قول من يكون وأورد هذا في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله وقال على قول زفر القول قول من يدعى القبض منهما لان العقد لايتم الابقبض رأس المال فكان اتفاقهما على العقد اتفاقا منهما على قبض رأس المال والذى ينكر القبض في حكم الراجع عن الأقرار وقد قررنا هذا المعنى فى الاجل فكذلك فى قبض رأس المال وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول الذى فى يده رأس المال لان الآخر يدعى تملك مافي يده عليه وهو منكر والقول قول المنكر فان كان رأس المال في يد رب السلم فظاهر لان المسلم اليه يدعى أنه يملك مافى يده بالقبض وانه غصبه منه بعد ذلك وان كان فى يد المسلم اليه فرب السلم يدعى أنه غصبه منه والمسلم اليه منكر لذلك فكان القول قول المنكر لذلك فلو كانت الدراهم فى يد رب السلم باعيانها فقال المسلم اليه أودعتها اياه أو غصبها بعد قبضى لها وقد قامت البينة بالقبض فكان القول قوله ويقضي له بالدراهم لانه لما أثبت قبضه بالبينة فقد تم ملكه فيها ثم ظهرت في يد غيره بعد ذلك فيؤمر بردها عليه سواء زعم أن وصولها الى يده بالوديعة أو بالغصب ولو أسلم فلوسا فى طعام يجوز لان هذا عددى متقارب يصلح أو يكون ثمنا فى باب البيع فيصلح أن يكون رأس المال فى باب السلم ولا يجوز في الصفر رجل باع عبدا أو ثوبا بشيء مما يكال أو يوزن ثم تفرقا قبل أن يقبض المشترى ما اشترى فالبيع جائز لانهما تفرقا عن عين بدين وذلك جائز فى البيع كما لو اشترى شيئا بثمن موجل وقبض المشترى وتفرقا أو تفرقا قبل قبض المشترى وقد بينا أن القياس فى السلم هكذا ولكنا تركنا القياس هناك لمقتضي اسم السلم واليه أشار فى الفرق فقال لو باعه ثوبا بحنطة وسمى الكيل ولم يجعل له أجلا كان جائزاً ولو أسلم هذا الثوب في كر حنطة موصوفة ولم يجعل له أجلا كان فاسداً ومعني هذا الاستشهاد ان التأجيل فى السلم فى المسلم فيه جعل شرطاً لتحقق معنى الاسم فكذلك التعجيل فى رأس المال مقتضي الاسم بخلاف البيع وقد بينا أن جواز أخذ الرهن بالمسلم فيه وان بهلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا حقه من مالية الراهن اذا كان فيه وفاء بحقه فسقط حق رب السلم عن المطالبة

بعد هلاك الرهن في يده وقد بينا أيضاً جواز التوكيل بدفع رأس المال وان القبض من الوكيل في مجلس العقد بمنزلة القبض من الموكل ويستوي ان كان الوكيل شريكا لرب السلم أو أجنبيا لان أداءه قام مقام اداء الموكل بحكم الوكالة اذا قبض المسلم اليه حتى لو تبرع أجنبي باداء رأس المال وقبضه المسلم اليه قبل أن يفارق رب السلم كان جائزاً وان كان بالمسلم كفيل فاستوفي الكفيل السلم من المسلم اليه على وجه الاقتضاء ثم باعه وربح فيه فذلك حلال له اذا قضي رب السلم طعاما مثله لان عقد الكفالة كما يوجب لرب السلم علي الكفيل يوجب للكفيل على المسلم اليه الا أن مال الكفيل على المسلم اليه مؤجل الى وقت ادائه الطعام الي رب السلم فاذا استوفي قبل الاجل فقد استعجل دينا له مؤجلا والمقبوض بهذا السبب يملك ملكا صحيحا فانما تصرف وربح في ملك حلال له فلهذا طاب له الربح ولا خلاف في هذا اذا تقرر ملكه باداء طعام السلم وانما الخلاف فيما اذا كان المسلم اليه هو الذى قضى رب السلم طعام السلم فانه يرجع على الكفيل بطعام مثل مادفع اليه لانه انما أعطاه في ذلك ليسقط دين رب السلم عنه بادائه ولم يفعل ذلك فكان له أن يرجع عليه بما أدى ثم قال في هذا الكتاب فما ربح يطيب للكفيل وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كما حكاه عنهما في الجامع الصغير وذكر عن أبي حنيفة انه قال أحب الى ان يرده علي الذى قضاه ولا أجبره عليه في القضاء وفي كتاب الكفالة قال له أن يتصدق بالفضل ووجه تلك الرواية ان المسلم اليه انما رضي بقبضه وبملكه بشرط أن يؤدي عنه طعام السلم فاذا لم يفعل لم يتم رضاه وصار هذا كالمقبوض بغير اذنه فانما حصل له الربح فيه بسبب خبيث شرعا والسبيل في الكسب الخبيث التصدق ووجه رواية الجامع الصغير ان معنى الخبث ليس في معنى السبب بل لخلل في رضي المسلم اليه فاذا رده عليه مع الربح انعدم الخبث فكان هذا أولى الوجهين ولكن لا يجوز عليه في القضاء لان المتصرف انما ربح على ملك نصيبه ووجه رواية هذا الكتاب ان المقبوض كان مملوكا له ملكا صحيحا وكان التصرف فيه مطلقا له شرعا فالربح الحاصل به يكون حلالا ألا ترى انه لو أدى طعام السلم كان الربح طيبا له فاذا لم يؤد فانما يثبت حق الرجوع للمسلم اليه على الكفيل يكن في ذمته وبان لحقه دين لا يتمكن فيه خبث فيما حصل له من الكسب كما اذا وجب عليه دين آخر بسبب آخر هذا اذا قبضه الكفيل على وجه الاقتضاء فاما اذا قبضه على وجه الرسالة بأن يسلم اليه المسلم اليه طعام السلم ليكون رسوله في تبليغه الى رب السلم فتصرف فيه وربح فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة

ومحمد رحمهما الله ويطيب له فى قول أبي يوسف لانه أمين فيما قبضه علي وجه الرسالة كالمودع وقد بينا الخلاف في المودع اذا تصرف فى الوديعة وربح فى كتاب الوديعة وان قضي الكفيل السلم من مال قبل ان يقبضه من المكفول عنه ثم صالح المكفول عنه علي دراهم أو غير ذلك مما يكال أو يوزن أو على عروض أوحيوان فهو جائز ولا يكون استبدالا لأن الكفيل هنا مقرض معناه أن مايرجع به الكفيل علي المسلم اليه لايكون مسلما فيه لان المسلم فيه ما يجب بعقد السلم ووجوب هذا بعقد الكفالة ثم الكفالة توجب طعام السلم على الكفيل لا للكفيل فعرفنا أنه دين آخر بمنزلة سائر الديون فلم يكن استبدالا ولانه يصير كالمقرض لما أدى من المسلم اليه وان لم يكن قرضاً علي الحقيقه حتى لو أجل المكفول عنه فيه لزمه الاجل والاجل فى بدل القرض لايلزم فعرفنا أن مراده أنه دين آخر سوى السلم فيجوز الاستبدال به قبل القبض وان أكفل رجل لرب السلم برأس ماله قبل أن يترادا فالكفالة باطلة لان الكفالة بما هو واجب في ذمة الاصيل وقبل الاقالة الواجب فى ذمة الاصيل لرب السلم المسلم فيه لارأس المال وانما كفل بما ليس بواجب له ولم يضف الكفالة الى سبب الوجوب فكان باطلا بخلاف مالوقال اذا تقايلتما العقد فأنا كفيل برأس المال لك ولان رأس المال قبل الاقالة حق المسلم اليه فانما كفل عنه بما هو حقه وذلك ليس من موضوع الكفالة في شيء. قال(واذا أسلم الرجل فى بعض الأدهان المربى بالبنفسج والزنبق والحنا وغيره يجوز لانه موزون مضبوط بالوصف مقدور التسليم من أصحابنا رحمهم الله من قال هذا يجوز في الدهن الصافى أما المربى بالبنفسج وغيره فلا لان المربى يختلف باختلاف مايرى به من الادوية والرياحين والصحيح أنه يجوز لانه يمكن اعلامه باعلام قدر مايؤدى به. قال (وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات فى كل وقت لانه لايتمسك الا فى وعاء وفي وزن كل وعاء نوع حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيراً فعرفنا أن مايقع عليه كيل الرطل فهو موزون فيجوز السلم فيه بذكر الوزن واذا أسلم النصرانى الى النصرانى فى خمر بكيل معلوم فهو جائز وهذا عندنا بناء علي الاصل الذى بينا فى كتاب الغصب أن الخمر مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والعصير فى حقنا فيجوز السلم فيما بينهم بذكر الكيل والوزن وان أسلم أحدهما قبل قبض خمر السلم بطل السلم ورد المسلم اليه رأس المال لان الاسلام

وجد الخمر مملوكة بالعقد غير مقبوضة فيجعل وجود اسلام أحدهما عند القبض كوجوده عند العقد وهذا لان قبض المسلم فيه قبض تملك فانه بعقد السلم ملك المسلم فيه دينا وانما يتعين ملكه بالقبض فان كان رب السلم هو الذى أسلم فالمسلم لا يملك الخمر بحكم عقده فان كان المسلم اليه هو الذى أسلم فليس له أن يملك الخمر من غيره بعقد فعلمنا أنه تحقق فوات قبض المسلم فيه وذلك مبطل للعقد فان المسلم فيه مبيع ومتى تحقق فوات قبض المبيع بطل البيع كما اذا تحقق ذلك بالهلاك في بيع العين وان كان قبض بعضه بطل مابقى وجاز ماقبض لان ملكه تم فى المقبوض فباسلامه بعد ذلك لايبطل ولكن اسلامه يمنع من قبض مابقى فيبطل العقد فيه لفوات القبض وهذا لان السبب الطارىء يلاقى المنتهى بالعفو عنه والقائم بالرد قال الله تعالى (وذروا مابقى من الربا ان كنتم مؤمنين) فبنزول حكم الربا انما لزمهم ترك مالم يقبضوا لا رد ماقبضوا منه فهذا مثله ثم النصرانى والمسلم فى حكم السلم سواء ماخلى الخمر حتى لايجوز السلم بينهم فى المنقطع لان فساد ذلك فيما بين المسلمين لعجز العاقد عن تسليم المعقود عليه وهم فى ذلك كالمسلمين والسلم بينهم فى الخنزير لايجوز بمنزلة السلم في الشاة بين المسلمين لان امتناع جواز السلم فى الحيوان لمعنى الجهالة وهم يستوون فى ذلك بالمسلمين واذا أسلم في طعام جيد من طعام العراق أو الشام فهو جائز بخلاف مالو أسلم فى طعام قرية أوقراح بعينه لان ذلك يتوهم انقطاعه بآفة فاما طعام ولاية كالعراق والشام لايتوهم انقطاعه عرفا بآفة فانما أسلم فيما هو مقدور التسليم وقت وجوب التسليم ولا بأس بالسلم فى الصوف وزنا لانه موزون معلوم فى نفسه وان اشترى كذا جزة بغير وزن لم يجز للجهالة لان مقدار الصوف في كل جزة غير معلوم وذلك يتفاوت على وجه يفضى الى المنازعة بينهما وان أسلم فى صوف غنم بعينها لم يجز لان ذلك يتوهم انقطاعه بالهلاك ولان تعين محل المسلم فيه كتعين المسلم فيه ولانه لو باع الصوف الذى على ظهر الشاة بعينه لايجوز فكذلك اذ أسلم فيه وكذلك ألبانها وسمونها لما بينا ولان هذه الاعيان مادامت متصلة بالحيوان فهى وصف للحيوان ولا تثبت فيها المالية مقصودا الا بعد الانفصال فلا تكون قابلة للعقد مقصوداً وكذلك ان أسلم فى سمن حديث أو زيت حديث فى غير حينه وجعل أجله فى حينه فلا خير فيه لانه منقطع فى الحال من أيدى الناس وكذلك لاخير في السلم في الحنطة الحديثة لانها اليوم منقطعة عن أيد الناس ولا يدرى أيكون فى تلك السنة أم

لا فلا يكون مقدور التسليم له وبدون قدرة التسليم لا يجوز العقد. قال (واذا أسلم فى حنطة من حنطة هراة خاصة وهى تنقطع من أيدى الناس فلا خير فيه) كما لو أسلم فى طعام قراح بعينه قيل لم يرد بهذا هراة خراسان وانما مراده قرية من العراق تسمى هراة وتلك القرية يتوهم أن يصيبها آفة فاما هراة خراسان لا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم فى طعام العراق سواء ثم . قال (وان أسلم في ثوب هروى فلا بأس به) من أصحابنا رحمهم الله من يقول لان الثوب الهروى لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالمراد قد يستاصل طعام هراة ولا يستأصل حركة هراة وهذا ضعيف قالوا قد يستأصل حركة هراة أيضا ولكن المعنى الصحيح فى الفرق أن نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعين المكان فان الثوب الهروى ماينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغير هراة يسمى هرويا بمنزلة الزنديجي والوداري والي هذا أشار في الكتاب فقال الثوب الهروى من الثياب بمنزلة الحنطة من الحبوب يعنى بهذا بيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ماتنبت بأرض هراة حتى أن النابت في موضع آخر لا ينسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعيناً منه للمكان ولذلك يتوهم انقطاعه وقال مشائخنا رحمهم الله ان نسب الطعام الى موضع يعلم أن مراده بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد السلم كالحرانى سحارى فانه يذكر ذلك لبيان صفة جودة الحنطة فلا يختص به ماينبت في تلك القرية فكانه قال في حنطة جيدة ووقع في الاصل والثوب المروى لا يصنع بغير تلك البلاد وهو غلط بل الصحيح أن الثوب الهروى يصنع فى غير تلك البلاد وعلى ما بينا أنه اسم للمنسوج بصفة فيسمى به وان نسج فى غير هراة . قال (ولا بأس بالسلم في البوارى والحصير اذا وصف الطول والعرض والصفة) لانه مذروع معلوم كالثياب فالحصير ما يتخذ من البردي والحشيش والبوريا ما يتخذ من القصب ولا بأس بالسلم فى نصل السيف اذا كان معلوم الطول والعرض والصفة لان ذلك لا يتفاوت في المالية بعد بيان نوع الحديد الاشياء يسيراً وذلك غير معتبر كما فى الثياب والجيد من الطعام ولا خير فى السلم فى الطلع وهو اسم لاول ما يبدو من النخيل قيل هو شيء أحمر مثل لسان البقر يبدو من النخل ثم يخرج التمر منه وقد يقطع ذلك فيؤكل كما هو أو يطبخ منه المرقة لحموضة فيه وهو عددى متفاوت يختلف فيه الصغير والكبير وتتفاوت آحاده فى المالية فلا يجوز السلم فيه كذلك . قال (ولا يجوز للشريكين قسمة السلم وغيره من الديون قبل القبض لان القسمة للحيازة وذلك

بأن يجعل كل واحد منهما نصيبه في حيزه وفي الدين لا يتحقق ذلك ثم القسمة لتوفير المنفعة
على كل واحد منهما في نصيبه وقطع الانتفاع عن نصيبه وذلك لا يتحقق في الدين قبل القبض
فاذا كان الشرط في عقد السلم أن يوفيه في مكان كذا فقال المسلم اليه خذه في مكان آخر
وخذ مني الكرا الى ذلك المكان فقبضه كان قبضه جائزاً لانه أخذ حقه ولا يجوز أخذ
الكر الا انه يملك المقبوض بقبضه وانما يحمل ملك نفسه والانسان في حمل ملك نفسه
لا يستوجب الاجر على الغير وانما يستوجب الاجر على الغير بعمل يعمل للغير لا لنفسه فعليه
رد ماأخذ من الكرا وهو بالخيار ان شاء رضي بقبضه وان شاء يرده حتى يوفيه في المكان
الذي شرط لانه انما رضى بقضبه في غير ذلك المكان بشرط أن يسلم له الكرا فاذا لم
يسلم لا يكون راضياً به وبدون رضاه لا يسقط ما كان مستحقا له وهو المطالبة بالايفاء في
المكان المشروط فان هلك المقبوض في يده فلا شيء له لانه تم قبضه للمسلم فيه وانما كان
الباقي له مجرد خيار وقد سقط ذلك بهلاك المقبوض في يده والخيار ليس بمال فلا يستوجب
حق الرجوع بشيء عند سقوط خياره . قال (ولا خير في أن يسلم العروض في تراب المعدن ولا
في تراب الصواغين) لان عين التراب غير مقصود بل مافيه من الذهب والفضة وقد بينا
أن السلم في الذهب والفضة لا يجوز ولان بذكر وزن التراب لا يصير ماهو المقصود معلوما
وقد يخلو بعض التراب منه وقد يقل فيه وقد يكثر فعرفنا أنما هو المقصود مجهول جهالة
لا تقبل الا علام فكان العقد باطلا لذلك ولا بأس بأن يسلم الحنطة وما أشبهها فيما يوزن
أو يكال بالرطل لما بينا أن مايكال بالرطل فهو موزون واسلام المكيل في موزون هو مبيع
جائز لانه لا يجتمع في البدلين أحد الوصفين وهو الجنسية والقدر الواحد واذا اختلف
النوعان مما يكال فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد ولا خير فيه نسيئة وكذلك الموزونات وقد
بيناهذه الفصول في أول الكتاب ولا بأس بالبنفسج بالحنا والزئبق والورد رطلين برطل فان
الادهان أجناس مختلفة عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه ما اتحد أصله منها جنس واحد وفيما
اختلف أصله له قولان لان الاسم والهبة واحد وانما اختلف فيها الرائحة وباختلاف الرائحة
لا يختلف الجنس كالمنتن من اللحم مع غير المنتن ولكنا نقول بما حل بكل واحد منهما من
الصفة اختلف الاصل والمقصود ومنع عود كل واحد منهما الى مثل حال صاحبه فيختلف
الجنس كالثياب والوداري مع الزند يجي جنسان مع اتحاد الاصل لاختلاف المقصود وعلى

هذا الزبد مع السمن وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ والدهن المربى بالبنفسج مع غير المربى يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربى برطلين من غير المطبوخ وغير المربى لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة فى عينها فكانه باع رطلا من زيت وثقله برطلين من زيت فيكون المثل بالمثل والباقى بازاء الزيادة وعن أبى يوسف رحمه الله قال هذا اذا كان المطبوخ ينتقص اذا ذهبت تلك الرائحة منه فان كان لاينتقص فقد عرفنا أنه ليس بزيادة في العين فلايجوز بيعه بغير المطبوخ الا رطلا برطل بخلاف المربى بالبنفسج مع المربى بالياسمين فهناك كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال وهنا غير المطبوخ من الزيت يطبخ فيكون مثل المطبوخ فتعتبر المماثلة باعتبار المال وعلى هذا الالبان فانها أجناس عندنا وعند الشافعى رضي الله عنه الكل جنس واحد لبن الابل والبقر والغنم لاتفاق الاسم والهيئة وتقارب المقصود ولكنا نقول أصولها أجناس واللبن يتولد من العين كالولد فكان اختلاف جنس الاصل دليلا على اختلاف أجناسها ولا تقارب فى المقصود أيضاً فان مقصود المسلي يحصل بلبن البقر دون لبن الابل حتى أن مايكون أصله جنسا واحداً كالبقر مع الجواميس والعراب مع البخاتى والمعز مع الضأن فلبنهما جنس واحد ودليل اتحاد جنس الاصل تكميل نصاب البعض بالبعض في باب الزكاة وكذلك اللحوم أجناس مختلفة عندنا وللشافعى قولان فى أحد القولين يقول كذلك لاختلاف الهيئة هنا ألا ترى أنه يمكن تميز البعض عن البعض برؤية الاعيان بخلاف الادهان والالبان وفى القول الآخر يقول الكل جنس واحد لاتفاق اسم العين وهو اللحم وتقارب المقصود منها فان كلها يصلح لما هو المقصود وهو اتخاذ المرقة منها وعندنا هى أجناس لان أصولها أجناس حتى لا يضم البعض الى البعض فى حكم الزكاة وكذلك الاسامى مختلفة لاختلاف الاضافة كدقيق الحنطة مع دقيق الشعير والثوب الهروى مع المروى وكذا لحم البقر والغنم والمقصود مختلف أيضا فبعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البعض فربما ينفعه البعض ويضره البعض ولا تفاوت في المقصود أبلغ من هذا ولكن مع اختلاف الجنس هى موزونة كلها فكذلك لا يجوز بيع البعض بالبعض نسيئة ويجوز متفاضلا يداً بيد لانعدام أحد الوصفين. قال (ولا خير في الحنطة بالدقيق متساويا ولا متفاضلا) لان من الحنطة والدقيق شبهة المجانسة فان عمل الطحن فى الصورة هو تفريق الاجزاء وان كان فى الحكم الدقيق غير الحنطة ويجعل الدقيق حاصلا بالطحن ولهذا كان للغاصب اذا

طحن الحنطة الا ان الربا مبنى على الاحتياط فالشبهة فيه تعمل على الحقيقة وعند وجود حقيقة المجانسة لايجوز بيع البعض بالبعض الا متساويا فكذلك اذا وجبت شبهة المجانسة ولا يعرف التساوى فى الكيل بين الدقيق والحنطة فالدقيق لا يصير حنطة قط ولكن الحنطة تطحن ولا يدرى أن بعد الطحن يتساويان في المكيال أم لا فاذا كان بالتساوى فى المعيار فى الحال لايعلم التساوى بينهما بعد الطحن لايجوز بيع احدهما بالآخر وكذلك بيع الحنطة بالنخالة والنخالة أجزاء الحنطة كالدقيق الا أنه جزء خشن والدقيق جزء لين فاما بيع الدقيق بالدقيق عندنا كيلا بكيل يجوز وعند الشافعى لا يجوز لان الدقيق لايعتدل فى الدخول فى الكيل فانه ينكبس بالكبس والكيل عنده لا يكون معياراً شرعاً الا فيما يعتدل فى الكيل ولهذا قال ولا يجوز بيع الباقلاء والرطب بالرطب والمطعوم بالمطعوم اذا قوبل بجنسه فشرط جواز البيع عنده التساوى فى المعيار الشرعى وذلك لايوجد فيما لا يعتدل بالكيل ولكنا نقول الكيل فيما هو مكيل معيار شرعى والدقيق مكيل ومعرفة كونه مكيلا بالرجوع الى عرف الناس وهم يكيلون الدقيق كالحنطة ويجوز السلم فى الدقيق كيلا كما يجوز في الحنطة فكان الكيل فيه معياراً شرعيا وما يتوهم فيه من التفاوت عند التكلف في كيل الدقيق يتوهم في الحنطة أيضا ثم يسقط اعتباره ووجب بناء الحكم على الوسط من ذلك فكذلك الدقيق ولا يجوز بيع السويق بالدقيق في قول أبي حنيفة متساويا ولا متفاضلا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز البيع تساويا أو تفاضلا بعد أن يكون يداً بيد لانهما جنسان مختلفان فان الاسم مختلف والمقصود مختلف لانه يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصايد والاطولة منه ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق انما يلت بالسمن والعسل فيؤكل كذلك أو يضرب بالماء فيشرب فكان التفاوت بينهما فى المقصود أظهر من التفاوت فى المروى والمروى من الثياب وكذلك كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال فالسويق لا يصير دقيقا والدقيق لا يصير سويقا بحال واختلاف الجنس يعرف بهذا ثم اتحاد الاصل لا يمنع اختلاف الجنس باعتبار هذه المعانى كالادهان وعن أبى يوسف انه يجوز البيع متساويا لا متفاضلا لان الدقيق قد يصير سويقا بأن يرش عليه الماء ثم يقلي فيصير سويقا وببغداد يتخذ السويق بهذه الصفة فتعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المال ولابى حنيفة طريقان (أحدهما) أن السويق أجزاء الحنطة المقلية والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لايجوز بحال فكذلك

بيع السويق بالدقيق وتحقيق هذا أنهما انما جعلا جنسا واحداً قبل الطحن فعرفنا أنهما جنس
واحد بعد الطحن لان الطحن فيهما عمل بصفة واحدة فلا يوجب اختلاف الجنس واذا كان
جنسا واحداً تعتبر المماثلة على الوجه الذى صار مال الربا وهو قبل القلي والطحن وبتساويهما
كيلا في الحال لا تظهر تلك المماثلة فلا يجوز العقد والطريق الآخر ان بيع الحنطة بالسويق
لا يجوز بالاتفاق وربا الفضل لا يثبت الا باعتبار المجانسة ولا مجانسة بين الحنطة والسويق
صورة فعرفنا أن المجانسة باعتبار ما في الضمن والذى فى ضمن الحنطة دقيق فتثبت المجانسة بين
السويق والدقيق بعد الطحن كما تثبت المجانسة بين السويق والحنطة باعتبار ما فى الضمن
قبل الطحن يوضحه أن بيع الحنطة بالدقيق ربا وبيع الحنطة بالسويق ربا ومن ضرورة كون
كل واحد منهما جنسا للحنطة أن يكون أحدهما جنسا للآخر وانما اختلف الاسم للصنعة
لا لاسم العين فكل واحد منهما أجزاء متفرقة فيما كان لها ت الحنطة قبل التفريق وليس فيه أكثر
من انه فات بعض المقاصد فى السويق وبه لا يختلف الجنس كالحنطة المقلوة بغير المقلوة
والعلكة مع الرخوة والتى أكلها السوس فانها لا تصلح للزراعة واتخاذ الهريسة والكشك
منها ولا يوجب ذلك اختلاف الجنس فكذلك الدقيق مع السويق ولا خير في الزيت
بالزيتون الا أن يعلم ان مافى الزيتون أقل فحينئذ يجوز والاصل فى جنس هذه المسائل ان
المجانسة بين الشيئين تكون باعتبار العين تارة وباعتبار مافى الضمن أخرى ففيما وجدت المجانسة عينا
لا تعتبر فى الضمن حتى يجوز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز حنطة أكلها السوس ولا يعتبر ما
فى الضمن وفى الحنطة بالدقيق تعتبر المجانسة بما فى الضمن حقيقة وان كان ذلك شيئاً آخر حكما
ثم لا مجانسة بين الزيت والزيتون صورة فانما تعتبر المجانسة بما فى الضمن وهو الزيت الذى
فى الزيتون وبيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه إن علم أما ما في الزيتون من الزيت أكثر
من المنفصل فقد يتحقق الفضل الخالى عن العوض فلا يجوز البيع وكذلك ان علم أنه مثله
لان ثفل الزيتون يكون فضلا خاليا عن العوض وان كان لا يعلم كيف هو لا يجوز العقد
عندنا وقال زفر يجوز لان الاصل في مقابلة مال بمال متقوم جواز العقد وانما الفساد بوجود
الفضل الخالى عن العوض فما لم يعلم به لا يفسد البيع وعندنا الفضل الذى هو يتوهم الوجود
كالمتحقق فى باب الربا احتياطا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة
والريبة شبهة الربا وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة

الحرام فاذا لم تعلم المساواة جعل ذلك لتحقق الفضل احتياطا فيفسد العقد وان علم ان ما فى الزيتون من الزيت أقل من المنفصل فالبيع جائز لان المثل يصير بازاء المثل والباقى من الزيت بازاء الثفل فلا يظهر الفضل الخالى عن المقابلة بهذا الطريق وكذلك دهن السمسم بالسمسم والعصير بالعنب واللبن بالسمن والرطب بالدبس ولا خير فى شئ من ذلك نسيئة لوجود الجنسية بينهما باعتبار ما فى الضمن ولا بأس بخل الخمر بخل السكر متفاضلا يداً بيد لانهما جنسان فانا أصلهما جنسان لان السكر ماء التمر والخمر بالعنب وكما أن العنب مع التمر جنسان فكذلك الخل المتخذ منهما فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ولا خير فى ذلك نسيئة لانه جمعهما قدر واحد وهو الكيل والوزن وان اشترى شاة بصوف وعلى ظهرها صوف أوشاة فى ضرعها لبن بلبن فان ذلك لا يجوز الا بطريق الاعتبار وهوان يعلم ان اللبن المنفصل اكثر مما فى الضرع وان الصوف المجزوز اكثر مما على ظهر الشاة وذكر الطحاوى ان هذا على الخلاف وجعله نظير بيع لحم الشاة بالشاة فان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يجوز بيع لحم الشاة بالشاة الحية على كل حال وعند محمد لايجوز الا بطريق الاعتبار وهو أن يعلم ان اللحم المنفصل أكثر من اللحم الذى فى الشاة فيكون المثل بالمثل والباقى بازاء السقط وهو القياس لان المجانسة بين الشاة واللحم ثابتة باعتبار ما فى الضمن فلا يجوز البيع الا بطريق الاعتبار كما فى الفصول المتقدمة وبيان ذلك أن اللحم موجود فى الشاة وهو المقصود وبه تختلف المالية ألا ترى أن الشاة فى الغنيمة من جملة الطعام يباح لكل واحد من الغانمين تناوله وذلك باعتبار مافيه من اللحم بل وجود اللحم فى الشاة أبين وأظهر من وجود الدهن فى السمسم فان ذلك حادث بالعصير حكما ولهذا كان ملكا للغاصب واللحم لا يحدث بالذبح ولهذا لو غصب شاة فذبحها لم يكن اللحم له والذبح نقصان محض بمنزلة القطع فى الثوب فلا يحدث به اللحم و هو ازهاق الحياة فيفوت به معنى النسل بمنزلة القلى فى الحنطة يفوت ما كانت الحنطة باعتباره ثابتة واذا ثبت أن اللحم موجود قبل الذبح لايجوز البيع الا بطريق الاعتبار وجه قولهما أنه باع عدديا متفاوتا بوزنى فيجوز كيف ماكان كما لو باع الثوب بالقطن وبيان الوصف ان الحيوان عددى متفاوت ولهذا لايجوز السلم فيها ويجوز بيع الشاة بالشاتين وتأثيره أن المجانسة باعتبار ما فى الضمن انما تطلب اذا كان كل واحد من البدلين مقدرا فاما اذا لم يكن أحدهما مقدراً لا يشتغل بطلب المجانسة

بينهما وبهذا يقع الفرق بين هذا وبين ماتقدم من الفصول ولكن بهـذا التقرير لا يتضح الفرق فى جميع الفصول فان بيع دهن الجوز بالجوز لا يجوز الا بطريق الاعتبـار والجوز ليس بمقدر ولهذا يجوز بيع جوزة بجوزتين ولكن نقول اللحم فى شراء الحيوان غير مقصود وانما المقصود منه الدر والنسل والاسامة ليزداد عينها بالسمن فأما اللحم آخر المقاصـد من الحيوان وانما تعتبر المجانسة بما فى الضمن اذا كان مقصوداً والدليل عليه أن المالية فى الحيوان لاتختلف باختلاف اللحم فقد نرى فرسين أو نجبين يتساويان فى اللحم ويتفاوتان في القيمة تفاوتا فاحشا والبيع مبادلة مال بمال فاذا كانت مالية الحيوان لا تعرف بمقدار اللحم لا يعتبر ذلك في البيع قبل الذبح بخلاف جميع ماتقدم فالمالية هنا تختلف باختلاف مقـدار الدقيق في الحنطـة والدهن فى السمسم والجوز ونحو ذلك نوضحه ان اللحم فى الحيوان وان كان موجوداً حقيقة فهو كالمعدوم حكما حتي لو أخذ بضعة من لحم الحيوان لا يباح تناولها عرفنا أن مقصود اللحم حاصل بالذبح حكما فلا يعتبر قبله وعلى هذا الحرف نقول فى مسئلة الصوف واللبن الجواب قولهم جميعا فانه مال موجود قبل الفصل ألا ترى انه مفصـل من الحيوان فيجوز الانتفاع به وهذا لانه لاحياة فى الصوف واللبن فـكان الحال فيهما قبل الذبح وبعد الذبح سواء وعلي الطريق الاول هو علي الخلاف كما ذكره الطحاوى لان مالية الشـاة لا تعرف بما على ظهرها من الصوف ولا بما في ضرعها من اللبن كما لا تعرف مالية الحيوان بمقدار اللحم فان باع لحم شـاة بالبقر والابل جاز عندنا وعلي قول زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان وروى أن جزوراً نحر على عهـد أبى بكر رضى الله تعالى عنه فجاء رجل بعناق وقال اعطونى بهذا العناق قطعة من هذا اللحم فقال أبو بكر رضى الله عنه هذا لا يصلح ولكنا نقول هما جنسان مختلفان فيجوز بيع أحـدهما بالآخر كيف ما كان يداً بيد كما يجوز بيع الشاة بالبقر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيـد والمراد بالنهى عن بيع الحيوان اذا كان أحـدهما نسيئة فقد ذكر ذلك في بعض الروايات وبه نقول فان السلم فى كل واحد منهما لا يجوز عند أبى حنيفة وتأويل حديث أبى بكر رضى الله عنه أن ذلك البعير كان من ابل الصدقة فكره أبو بكر رضى الله عنه بيع لحمه لانه انما نحر ليتصدق به علي الفقراء فلهذا قال

لا يصلح واذا أسلم الرجل حنطة في شعير وزيت كان باطلا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز في حصة الزيت لان الفساد بوجود العلة المفسدة وذلك في الشعير خاصة فان صحة الكيل لما جمع البدلين حرم النساء وفي حصة الزيت لم يوجد ذلك فان اسلام المكيل في الموزون صحيح وثبوت الحكم بحسب العلة وليس من ضرورة فساد العقد في أحدهما فساد العقد في الآخر كما لو باع عبداً ومدبرا وكما لو باع عبدين فهلك أحدهما قبل القبض , لا يفسد العقد في الآخر وأبو حنيفة يقول العلة المفسدة للعقد وجدت في الكل أما في حصة الشعير فظاهر وفي حصة الزيت فقد جعل قبول العقد في الشعير شرطا في قبول العقد في الزيت لان من جمع بين الشيئين في العقد الواحد فانه يكون شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما ولهذا لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا يجوز وهذا شرط فاسد والسلم يفسد بالشرط الفاسد يوضحه أن فساد العقد في الشعير لاشتراط الاجل واشتراط الاجل في العقد والعقد واحد فاذا تمكن فيه الشرط الفاسد فسد العقد كله بخلاف بيع القن والمدبر فالعقد في المدبر ليس بفاسد ولهذا لو أجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك لمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الاخر وكذلك لو هلك أحد العبدين فالمفسد فوت القبض وذلك لمعنى في الهالك لا في العقد ونظائر هذه المسئلة تذكر في باب البيوع الفاسد ان شاء الله تعالي وكذلك ان أسلم فوهبه في فوهية ومروية لان الجنس يحرم النساء كالكيل وبهذا يتبين ان الطريق ماقلنا دون مايقوله بعض مشايخنا رحمهم الله لابي حنيفة اذا كان الفساد قويا مجمعا عليه ويمكن في البعض تعدى الي ما بقي فان فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع عليه وقد سوى بين الفصلين فعرفنا ان الطريق ما قلنا. قال (ولا بأس بأن يسلم الفلوس فيما يوزن لان الفلوس عددية متقاربة فيجوز اسلامها في كل مكيل أو موزون الا الصفر خاصة فانه لايجوز اسلام الفلوس فيه للجنسية فالفلوس صفر فان قيل اذا كانت الفلوس صفر أو الصفر موزون فينبغي أن لايجوز اسلام الفلوس في الموزونات قلت الصفر موزون في العرف لا بالنص ولاعرف فيه في الفلوس الرائجة ألا ترى أنها لاتتفاوت في المالية بتفاوت الوزن وكذلك لو أسلم سيفاً في شيء مما يوزن كان جائزاً لان السيف خرج من أن يكون موزونا عادة الا في الحديد فانه لا يجوز اسلام السيف في الحديد للمجانسة وكذلك كل إناء خرج بالصنعة من الوزن فلا بأس بأن يسلمه في الموزونات الا في نوعه ولا

بأس بأن يبيع إناء مصوغاً بأناء مضوغ من نوعه يداً بيد وان كان أكثر منه في الوزن اذا كان ذلك الاناء لايباع وزنا لانه عددي متفاوت كالثياب وهذا بخلاف أواني الفضة والذهب فانه يجرى فيها ربا الفضل وان كانت لاتباع وزنا في العادة لان صفة الوزن في الذهب والفضة منصوص عليها فلا يتغير ذلك بالصنعة ولايخرج من أن يكون موزونا بالعادة والعادة لاتعارض النص فأما في الحديد والشبه وما أشبه ذلك صفة الوزن ثابتة في العرف فيخرج من أن يكون موزونا بالصنعة وبالعرف وبتعارف الناس بيع المصوغ منه عدداً فاما بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لايجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيها ليكون أحد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في البيع وذلك هو الربا بعينه وان باع فلسا بعينه بفلس بغير أعيانهما لم يجز أيضاً لانه لو أجاز أمسك الفلس المعين وطالبه بفلسين آخر أو أسلم اليه الفلس المعين ثم قبض ذلك منه بعينه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيكون الفلس الآخر فضلا خاليا عن العوض وكذلك لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لايجوز لانه لوجاز يقبض المشترى الفلسين ثم دفع اليه أحدهما فكان ما استوجب في ذمته فيبقى الآخر له بغير عوض فأما اذا باع فلسا بعينه بفسلين باعيانهما يجوز في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رحمهما الله ولايجوز في قول محمد رضى الله عنه وهذا ينبني على أن الفلوس لاتتعين بالتعيين مادامت رائجة عند محمد وعلى قولهما تتعين بالتعين اذا قوبلت بجنسها حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد عندهما ومحمد رحمه الله يقول الفلوس الرائجة ثمن والاثمان لاتتعين في العقود بالتعيين كالدراهم والدنانير ألا ترى أنها لو قوبلت بخلاف جنسها لم تتعين حتى لو اشترى بفلوس معينة شيئاً فهلكت قبل التسليم لايبطل العقد ولو اشترى بها جاز فكذلك اذا قوبلت بجنسها لان مايتعين بالتعيين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالمكيلات والموزونات ومالاتتعين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالذهب والفضة وهما يقولان الفلوس عددي والعددي يتعين بالتعيين فيجوز بيع الواحد منه بالمثنى كما لو باع جوزة بجوزتين باعيانهما وتحقيقه أن صفة الثمنية في الفلوس ليست بصفه لازمة ولاهو ثابت باصل الخلقة بل بعارض اصطلاح الناس والعاقد ان قصد تصحيح العقد ولا وجه لتصحيح العقد الا بأن تتعين الفلوس وتخرج من أن تكون رائجة ثمنا في حقهما فيجعل كانهما أعرضا عن ذلك الاصطلاح

والدليل على أن معنى الثمنية فى الفلوس بالاصطلاح أنه يصلح ثمن الخسيس من الاشياء دون النفيس وأنه يروج ببعض الاشياء دون البعض ويروج فى بعض المواضع دون البعض بخلاف الذهب والفضة فان قيل تحت هذا الكلام فساد فانه اذا خرج فى حقهما من أيكون ثمناً كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين من صفر وذلك لايجوز قلنا الاصطلاح فى الفلوس على صفة الثمنية والعدد فيهما في هذه المبايعة اعراضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما أعرض عن اعتبار صفة العدد فيها وليس من ضرورة خروجها من أن تكون ثمنا فى حقهما خروجها من أن تكون عددية كالجوز والبيض فهو عددي وليس بثمن فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة. قال (ولا بأس بأن يشتري شقة خز بشقة خز هي أكثر منها وزنا) لانها لاتوزن وانما تذرع كسائر الثياب وبيع ماليس بمكيل أوموزون بجنسه يداً بيد يجوز كيف ما كان. قال (ولا بأس بالتمر بالرطب مثلا بمثل وان كان الرطب ينقص اذا جف) وهذه مسائل (أحدها) بيع الرطب بالرطب كيلا بكيل جائز عندنا وعند الشافعي رضى الله عنه لايجوز وكذلك الباقلا وعلل في كتابه فقال لان بين الباقلتين فضاء ومتسعا معناه أنه لايعتدل فى الدخول فى الكيل حتى لا ينضم بعضه الى بعض بل يتجافي ويتفاوت مقدار التجافى فيه فلا يكون الكيل فيه معياراً شرعيا والمخلص عن الربا يكون بالتساوى فى المعيار الشرعي وقاس بيع الحنطة المقلية بغير المقلية فان المقلية لا تعتدل فى الدخول فى الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالقلي أو ضمور فانها اذا قليت رطبة انتفخت واذا قليت يابسة ضمرت وحجتنا فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر كيل بكيل والتمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من حين ينعقد عليها صورتها الى أن تدرك فكان الرطب تمراً والدليل عليه قول القائل

وما العيش الا نومة وشرق وتمر على رؤس النخيل وماء

والمراد الرطب والمعنى فيه ان الرطب أمثال متساوية بدليل ثبوت حكم الربا فيها وقد بينا أن حكم الربا لايثبت فى المال مالم يصر أمثالا متساوية وانما صارت أمثالا متساوية بصفة الكيل فكان الكيل فيها عياراً شرعياً والاصل أنه يراعى وجود المساواة بين المثلين على الوجه الذى صار مال الربا كما فى الحنطة وغيرها وبه فارق المقلوة فان الحنطة لا تخلق كذلك بل تكون فى الاصل غير مقلوة وتصير مال الربا بتلك الصفة فتراعى تلك المماثلة وبعد القلي لا تعرف تلك المماثلة وان تساويا فى الكيل فلهذا لايجوز بيع المقلية بغير المقلية ولا بالمقلية فان قيل

هذا فاسد فقد جوز ثم بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة كيلا بكيل والرطوبة صفة حادثة بصنع العباد كالقلي (قلنا) الحنطة فى الاصل تخلق رطبة ويكون مال الربا على هذه الصفة فاذا بلت بالماء عادت الى تلك الصفة فاذا وجدت المماثلة علي الوجه الذى صارت مال الربا جاز العقد وهي لا تخلق فى الاصل مقلوة حتى يكون هذا إعادة الي تلك الصفة فيها فأما بيع الرطب بالتمر كيلا بكيل يجوز فى قول أبى حنيفة ولا يجوز في قول أبى يوسف ومحمد والشافعى رحمهما الله لحديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف قالوا نعم فقال عليه الصلاة والسلام فلا اذا وفي حديث ابن عمر رضى الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الرطب بالتمر كيلا وعن بيع العنب بالزبيب كيلا ثم فى قوله عليه السلام أينقص اذا جف اشارة الى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة فى أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف ولا يعرف ذلك بالمساواة فى الكيل فى الحال فهذا الحديث دليل الشافعى رضى الله عنه أيضا في المسئلة الاولى من هذا الوجه واعتبار المماثلة فى أعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالدقيق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن ولان العقد جمع بين البدلين أحدهما علي هيئة الادخار والآخر ليس علي هيئة الادخار ولا يتماثلان عند التساوى في الصفة فلا يجوز بيع المقلية بغير المقلية وهذا بخلاف الجودة والرداءة فالرداءة من نوع العيب والرطوبة فى الرطب ليس بعيب فان العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة فأما ما لا يخلو عن أصل الفطرة السليمة لا يكون عيبا كالصغير فى الآدمى وانعدام العقل بسببه وهذا بخلاف الحديث مع العتق وكل واحد من البدلين هناك علي هيئة الادخار ثم الحديث اذا عتق لا يظهر فيه التفاوت الا شئ يسير لا يمكن التحرز عنه وذلك عفو كالتراب في الحنطة ودخل أبو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسئلة وكانوا أشد يداً عليه لمخالفته الخبر فقال الرطب لا يخلو إما أن يكون تمراً أوليس بتمر فان كان تمراً جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن تمراً جاز لقوله صلى الله عليه وسلم واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد رضي الله تعالى عنه فقال مدار هذا الحديث على زيد بن أبى عياش وزيد بن أبى عياش لا يقبل حديثه واستحسن منه أهل الحديث هذا الطعن حتى قال ابن المبارك كيف يقال أبو حنيفة لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن أبى عياش ممن لا يقبل حديثه وهذا الكلام فى المناظرة يحسن لدفع شغب

الخصم ولكن الحجة لا تم بهذا لجواز أن يكون هناقسما ثالثا كما في المقلية بغير المقلية ولكن الحجة لابي حنيفة الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثل بمثل يد بيد كيل بكيل وقد بينا أن التمر اسم للثمرة الخارجة من النخيل حين تنعقد صورتها الى أن تدرك وما يتردد عليها من الاوصاف باعتبار الاحوال لا يوجب تبدل اسم العين كالآدمي يكون صبياً ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا فاذا ثبت ان الكل تمر يراعى وجود المماثلة حالة العقد على الصفة التي دخلت فى العقد لان اعتبار المماثلة سبب المقابلة وذلك يكون عند العقد وما كان اعتبار المساواة الا نظير الاجود فكما لا يعتبر التفاوت فى ذلك فكذلك فى هذا وقد تحققت المساواة بينهما فى الكيل فى الحال لان الرطوبة التى فى الرطب مقصودة وهى شاغلة للكيل فلا يظهر التفاوت الا بعد ذهابها بالجفاف فلا يتبين به أن التفاوت كان موجوداً وقت العقد بخلاف الحنطة بالدقيق فان بالطحن تتفرق الاجزاء ولا يفوت جزء شاغل للكيل فتبين بالتفاوت بينهما بعد الطحن أنهما لم يكونا متساويين عند العقد وكذا المقلية بغير المقلية فان بالقلي لا يفوت جزء شاغل للكيل انما تنعدم اللطافة التى كانت بها الحنطة منبتة ولما ظهر التفاوت بعد القلي عرفنا أن هذا التفاوت كان موجوداً عند العقد ثم صاحب الشرع أسقط اعتبار التفاوت فى الجودة بقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء واعتبر التفاوت بين النقد والنسيئة حتى شرط اليد باليد وصفة الجودة لا تكون حادثة بصنع العباد والتفاوة بين النقد والنسيئة حادث بصنع العباد وهو اشتراط الاجل فصار هذا أصلا ان كل تفاوت ينبني على صنع العباد فذلك مفسد للعقد وفى المقلوة بغير المقلوة والحنطة بالدقيق بهذه الصفة وكل تفاوت ينبنى على ماهو ثابت بأصل الخلقة من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار والتفاوت بين الرطب والتمر بهذه الصفة فلا يكون معتبراً كالتفاوت بين الجيد والردىء. قال (وبيع العنب بالزبيب كبيع الرطب بالتمر) فاما بيع الحنطة المبلولة باليابسة أو الرطبة باليابسة يجوز فى قول أبى حنيفة وفي قول محمد لا يجوز وذكر فى نسخ أبى حفص قول أبى يوسف كقول أبى حنيفة رحمهما الله تعالي وهو قوله الآخر فاما قوله الاول كقول محمد فأبو حنيفة مر علي أصله وهو اعتبار المساواة في الكيل عند العقد ومحمد مر على أصله وهو اعتبار المماثلة في أعدل الاحوال كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث سعد رضى الله تعالي عنه وذلك لا يوجد فى الحنطة الرطبة والمبلولة بعد الجفوف وأبو يوسف يقول القياس ماقاله أبو حنيفة ولكن تركت القياس فى الرطب بالتمر للحديث والمخصوص

من القياس بالأثر لا يلحق به الا ما كان في معناه من كل وجه والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه فالرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة غير مقصودة بل هو عيب فلهذا أخذت فيه بالقياس وأبو حنيفة يقول تأويل الحديث ان صح ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقد نقل ذلك في بعض الروايات وفائدة قوله صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف أن الرطب اذا جف ينقص الا أن يحل الأجل فلا يكون هذا التصرف مفيداً وكان السائل وصيا ليتيم فلم ير رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفوف فمنع الوصي منه على طريق الاشفاق لا على وجه بيان فساد العقد فاما الحنطة المبلولة بالمبلولة تجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا ولا يجوز عند محمد وكذلك الزبيب المنقع بالمنقع والتمر المنقع بالمنقع ومحمد يفرق بين هذه الفصول وبين بيع الرطب بالرطب فيقول هناك التفاوت يظهر بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد به العقد فلا يكون ذلك تفاوتا في المعقود عليه وهذه الفصول تظهر التفاوت بعد الجفوف مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد به العقد فبهذا الحرف يتضح مذهبه في هذه الفصول ثم ذكر بيع الحنطة المقلية بغير المقلية وقد بينا الحكم فيه وأهل الادب طعنوا عليه في هذا اللفظ فقالوا انما يقال حنطة مقلوة فاما المقلية المبغضة يقال قلاه يقليه اذا أبغضه ولكنا نقول محمد كان فصيحا في اللغة الا انه رأى استعمال العوام هذا اللفظ في الحنطة ومقصوده بيان الاحكام لهم فاستعمل فيه اللغة التي هي معروفة عندهم وما كان يخفى عليه هذا الفرق ولا يجوز الحنطة بالسويق متساويا ولا متفاضلا الا أن تكون الحنطة أكثر ومع السويق فضة أو ذهب فيكون مامعه بفضل الحنطة لان الصحة مقصود المتعاقدين ومتى أمكن تحصيل مقصودهما بطريق جائز شرعا يحمل مطلق كلامهما عليه ويجعل كأنهما صرحا بذلك كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يجوز البيع وينصرف تسمية النصف مطلقا الى نصيبه خاصة وكذا لو قال لرجل أوصيت لك بثلثي يجوز ويحمل على ايجاب ثلث المال لانه عرف أنه مقصوده فهذا مثله والاصل فيه قوله تعالى فبشر عبادي الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تظنن بكلمة خرجت من فم أخيك المسلم سوءا وأنت تجد لها في الخير محملا ولو أسلم ثوبا قوهيا في ثوب مروي ويجعل من المسلم اليه فضل دراهم أو متاع جاز لان مايخص الدراهم أو المتاع من الثوب القوهي يكون مبيعا وما

يخص الثوب المروى منه يكون رأس المال واسلام القوهي في المروى جائز وكذلك لو أعطاه ثوبا في حنطة وشعير فجعل بعضه عاجلا وبعضه الى أجل فهو جائز لان مايخص العاجل منه ان كان بعينه فهو متقابضة وان كان بغير عينه وكان موصوفا فهو ثمن وما يخص الاجل فهو بيع الثوب بثمن مؤجل وهذا لان الثوب مبيع والمكيل اذا كان بعينه يكون مبيعا واذا كان بغير عينه وما يقابله مبيع فهو ثمن والبيع بثمن مؤجل صحيح اذا كان معلوم الوصف ولو أعطاه ثوبا قوهيا في ثوب قوهي بنسيئة فهو مردود لانه لاوجه لتصحيحه بيعا مقابضة فان أحد البدلين ليس بعين ولاوجه لتصحيحه سلما لان البدلين من جنس واحد ولاوجه لتصحيحه قرضا فان استقراض الثوب لا يجوز فان زاد فيه درهما مع الثوب الذى عجل أو زاده الآخر مع ثوبه درهما عاجلا كان ذلك كله أو آجلا كان ذلك فاسداً لان الزيادة بيع يقصد بها اخراج العين من العقد وادخال الرخص فيه وقد تعذر تصحيح الاصل هنا فلا يمكن تصحيح البيع لان ثبوت البيع بثبوت الاصل واذا أثبتنا الحكم في البيع بدون الاصل لم يكن بيعا وكذا لو كانت الزيادة دنانير أو ثوبا يهوديا أو كر حنطة أو غير ذلك لانه بيع للاصل حين أوجبه باسم الزيادة عينا كان أودينا وان أسلم طعاما في شيء مما يوزن وزاد مع ذلك دراهم أودنانير أوثوبا عاجلا فهو جائز لان العقد في الاصل المؤاجلة بمقابلة بعضه يكون دينا بدين وان كانت الزيادة صحيحة هنا فيثبت حكمه في الزيادة أيضاً وان جعله مؤجلا لم يجز لان المسلم فيه دين فالزيادة من الذى عليه السلم دراهم اودنانير أوثوبا أوشيئا مما يوزن عاجلا فهو جائز وان جعله مؤجلا فهو جائز أيضا اذا كان معلوما في نفسه لان رأس المال عين فلا يخص المسلم فيه من رأس المال يكون عقد السلم فيه صحيحا وما يخص الزيادة يكون بيعا بثمن الى أجل معلوم وذلك جائز أيضاً فأما اذا أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم ان المسلم اليه زاد كرا آخر أونصف كر لا تجوز الزيادة لانه لايمكن جعل الزيادة ثمنا وجعل الدراهم مبيعاً فلا بد من أن يجعل زيادة في المسلم فيه والزيادة في المسلم فيه من المسلم اليه على سبيل الالتحاق بأصل العقد لا يجوز لان عقد السلم جوز بخلاف القياس لحاجة الناس اليه ولا حاجة له الي الزيادة بل حاجته الى زيادة رأس المال فلا جرم الزيادة في رأس المال على سبيل الالتحاق باصل العقد جائزة في المجلس . قال (وان أسلم طعاما في ثياب مختلفة أو في أشياء من الوزنيات مختلفة ولم يسم رأس مال كل صنف منها فهو فاسد) في قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله في اشتراط اعلام قدر رأس المال فيما

يتعلق العقد على قدره وقد سبق بيانه ولا بأس بأن يشترى الرجل الشاة الحية بالشاة المذبوحة يداً بيد لانه بيع عددى فورى فالشاة الحية لا توزن ولا خير فيه نسيئة لان النسيئة ان كانت فى الشاة الحية فهو سلم فى الحيوان وان كانت فى البدل الا خر فهو سلم فى اللحم ولو كانتا شاتين مذبوحتين قد سلختا اشتراهما رجل بشاة مذبوحة لم تسلخ كان ذلك جائزاً أيضا لان المثل من لحم الشاة بمقابلته من الشاتين والباقى ن لحم الشاتين بازاء الجلد والسقط فيجوز ذلك ويحمل مطلق كلامهما عليه لتحصيل مقصودهما ولو كانت الشاة ليس معها جلد كان ذلك فاسداً لان العقد اشتمل على اللحم فقط من الجانبين واللحم موزون فاذا وجدت الجنسية والوزن حرم التفاضل. قال (ولا بأس بكر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير يداً بيد) فتكون حنطة هذا بشعير هذا وشعير هذا بحنطة هذا عندنا استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله وكذلك لو باع مد عجوة وزبيب بمدى عجوة وزبيب أو باع ديناراً ودرهما بدرهمين ودينارين فأما اذا باع درهما جيداً ودرهما زيفا بدرهمين جيدين يجوز عند أصحابنا رحمهم الله وعند الشافعى لا يجوز وكذلك لو باع ديناراً نيسابوريا أو ديناراً هرويا بدينارين نسابوريين أو هرويين وهذا بناء على الاصل الذى تقدم فان عند الشافعى رحمه الله للجودة قيمة فى الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فانما ينقسم الدرهمان الجيد ان على الجيد والزيف باعتبار القيمة فيصيب الجيد أكثر من وزنه والزيف أقل من وزنه وذلك ربا وعندنا لا قيمة للجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فالمقابلة باعتبار الاجزاء ويجوز العقد لوجود المساواة في الوزن عملا بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد وبقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء وأما الكلام فى الفصل الثانى فوجه القياس فيه ان العقد متى اشتمل على أعواض من أجناس مختلفة ينقسم البعض على البعض باعتبار القيمة كما لو باع عبداً أو ثوبا بجارية وحمار وهذا لان الانقسام يكون على وجه يعتدل فيه النظر من الجانبين حال بقاء العقد وحال انفساخه فى البعض بعارض وانما يكون ذلك في الانقسام باعتبار القيمة وأما فى صرف الجنس الى خلاف الجنس يتضرر أحدهما عند انفساخ العقد فى البعض بعارض والدليل عليه انه لو باع قفيز تمر بقفيزى تمر لا يجوز ولا يجعل التمر من كل جانب بمقابلة القوى من الجانب الآخر ولو باع منا من لحم بنوى لحم لا يجوز ولا يجعل اللحم من كل جانب بمقابلة العظم من الجانب الآخر حتى يجوز ولو اشترى عبداً بالف

درهم نسيئة ثم باعه من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز العقد فيما اشتراه لانه اشترى ما باع باقل مما باع وتصحيح العقد هنا يمكن بان يجعل بمقابلة العبد الاول من الثمن الثانى مثل الثمن الاول والباقى بازاء الآخر ومع ذلك اعتبر الانقسام بالقيمة فهذا مثله يدل عليه ان فى الأموال الربوية يصرف الجنس الى الجنس لا الى خلاف الجنس فانه اذا باع ثوباً وعشرة بثوب وعشرة بشرط قبض الدراهم فى المجلس لانه يجعل صرفا فى حق الدراهم ووجه الاستحسان الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم فاذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يداً بيد وقد اشتمل العقد هنا على نوعين مختلفين فينبغى أن يجوز العقد كيف شاء المتعاقدان والمعنى فيه ما بينا ان تحصيل مقصود المتعاقدين ممكن بطريق شرعى وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس فيجب المصير اليه ويجعل ذلك كالمصرح به وهذا لان الانقسام فى سائر المعاوضات باعتبار القيمة ليس بمقتضى العقد بل للمعاوضة والمساوات اذا ليس صرف البعض أولى من البعض فيصير الانقسام والتوزيع باعتبار القيمة للمعاوضة وذلك غير موجود هنا لانه لو صرف الجنس الي الجنس فسد العقد ولو صرف الجنس الي خلاف الجنس صح العقد ولا معاوضة بين الجائز والفاسد فالجائز مشروع باصله ووصفه والفاسد مشروع بأصله حرام بوصفه فاذا لم تتحقق المعاوضة على وجه المساوات لا يصار الى الانقسام باعتبار القيمة ولكن يترجح ماهو مشروع من كل وجه على ماهو مشروع من وجه دون وجه بخلاف النوى مع التمر فالتمر والنوى كله مكيل من جنس واحد ولو صرح بصرف التمر الى النوى لم يجز العقد وكذلك العظم مع اللحم لانه مركب فيه خلقة كالنوى في التمر فاذا كان عند التصحيح لا يصح العقد فعند الاطلاق لا يحمل عليه أيضا فاما مسئلة العبدين (قلنا) فصل المعاوضة يتحقق هنالك لان جهات الجواز تكثر فانه ان جعل بمقابلته مثل الثمن الاول يجوز وكذلك ان جعل بمقابلته اكثر من الثمن الاول فلكثر جهات الجواز يتحقق معنى المعاوضة ويجب المصير الى الانقسام باعتبار القيمة وهنا لا وجه للجواز الا واحد وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس يوضحه ان شرط الجواز هنالك ان لا يكون الثمن الثانى أقل من الثمن الاول فكأنهما ولو صرحا بهذا لم يصر مقدار الثمن معلوماً فلا يجوز العقد فان قيل المعاوضة هنا تتحقق أيضا فانه اذا جعل الدراهم بمقابلة الدينارين يجوز وان جعل نصف درهم والنصف الباقى بمقابلة الدينار ونصف ونصف دينار بمقابلة نصف الدينار والباقي بمقابلة درهم ونصف يجوز أيضاً (قلنا) نعم

ولكن هذا بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ونحن ادعينا انه لا وجه للجواز هنا الا هذا الطريق فكيف مايشتغل به لايخرج به الطريق من أن يكون عينا واذا اشترى ثوبا وعشرة بثوب وعشرة (قلنا) هناك العقد صحيح من غير أن يصرف الجنس الى خلاف الجنس فان القبض في مجلس شرط بقاء العقد صحيحا لا شرط الانعقاد صحيحا ونحن انما صححنا هذا التصحيح العقد لا للبقاء صحيحا فلا يلزم. قال (وان اشترى قفيز حنطة بنصف قفيز هو أجود منه فلا خير فيه) لانه لا قيمة للجودة فنصف القفيز بمقابلة نصف قفيز والنصف الآخر خال عن العوض وبهذه المسئلة يتبين أن أدنى مايكون مال الربا من الحنطة نصف قفيز لما بينا انها انما تصير مال الربا لكونها مكيلا والمكيل ما يعرف مقداره بالكيل وذلك يوجد في نصف قفيز ولا يوجد فيما دونه ولا بأس بان يشترى الكفرى بما يناسب من التمر يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر ولا يكال أيضا ولا خير فيه اذا كان الكفرى نسيئة لانه مجهول فيه الصغير والكبير وهو عددى متفات فان آحاده تتفاوت في المالية. قال (ولا خير في التمر بالبسر اثنان بواحد وان كان البسر لم يحمر ولم يصفر لان البسر تمر على ما بينا ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى ان تدرك فاما في الكفرى قبل انعقاد صورة التمر فلا يكون تمرا وكذلك في كل صنف من صنوف التمر فلا خير في بعضه ببعض الامثلا بمثل يدا بيد ولا خير في ان يبتاع حنطة مجازفة بحنطة مجازفة وكذلك كل مكيل أو موزون لان المساواة في القدر شرط لجواز العقد اذا صارت الاموال أمثالا متساوية وعند البيع مجازفة لا تظهر المساوات في القدر فلا يجوز العقد. قال (فان تبايع صبرة بصبرة مجازفة ثم كلنا بعد ذلك فكانتا متساويين لم يجز العقد عندنا) وقال زفر يجوز لان ما هو شرط الجواز وهي المماثلة قد تبين انه كان موجودا وان لم يكن معلوما للمتعاقدين لجاز العقد كما لو زوجت امرأة نفسها من رجل وهناك شاهدان يسمعان كلامهما والمتعاقدان لا يعلمان ذلك كان النكاح جائزا وحجتنا في ذلك ان المعتبر لجواز العقد العلم بالمساواة عند العقد لانه اذا لم يعلم ذلك كان الفضل معدوما موهوما وما هو موهوم الوجود يجعل كالمتحقق فيما بنى أمره على الاحتياط كما في العقوبات التى تندرئ بالشبهات ولان باب الربا مبنى على الاحتياط فالفضل الموهوم فيه كالمتحقق وكذلك لو باع الحنطة بالحنطة وزنا بوزن لايجوز لان الحنطة مكيلة فشرط الجواز فيها المماثلة الكيل وبالمساوة في الوزن لا تعلم المماثلة في الكيل وهذا بخلاف مالو أسلم في الحنطة وزنا فانه يجوز على ماذكره الطحاوى

لان في المسلم فيه لا تعتبر المماثلة وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما منازعة في التسليم وذلك يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وبهذه المسئلة تبين الجواب عن الاشكال الذي ذكرنا في مسئلة علة الربا على من علل في مسئلة بيع الحفنة بالحفنتين انه انما جاز لان للجودة من الحفنة فيما عند مقابلتها بجنسها لان سقوط قيمة الجودة باعتبار كون المال من ذوات الامثال والمماثلة بالمعيار ولا معيار للحفنة بخلاف القفيز فزد على هذا الكلام مسئلة الغصب وهو أن يقال لا قيمة للجودة من الحفنة أيضا حتى اذا غصب حفنة من حنطة وذهبت جودتها عنده فاستردها صاحبها لم يكن له أن يضمن الناصب النقصان لانا نقول لا قيمة للجودة منها لانها موزونة لا لانها مكيلة وكما ان اعتبار الكيل يسقط قيمة الجودة فكذالك باعتبار الوزن الا ان الشرع أسقط اعتبار الوزن في الحنطة في حكم الربا حيث نص علي المماثلة فيه كيلا بقوله صلي الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة كيل بكيل فلذا جوزنا بيع الحفنة بالحفنتين ولم يجعل للجودة من الحفنة قيمة في الغصب لانها موزونة كما جوزنا السلم في الحنطة بذكر الوزن. قال (ولا خير في شراء التمر علي روس النخل بالتمر كيلا أو مجازفة عندنا) وقال الشافعي يجوز شراء التمر علي روس النخل بتمر مجذوذ على الارض خرصاً فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان وحجته في ذلك حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن المزابنة ورخص في العرايا وهي أن تباع بخرصها فيما دون خمسة أوسق والدليل على ان المراد بالعراية التى رخص فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ماقلنا قول زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه فانه لما سئل ماعرايا كم هذه قال ان الرطب ليأتينا ولم يكن في أيدينا بعد نبتاعه به وعندنا فضالات من التمر فرخص لنا رسول الله صلي الله عليه وسلم أن يتباع بخرصها تمراً فنأ كل مع اليابس الرطب ولان ما علي روس النخل لا يتأتى فيها الكيل فأقام الشرع الخرص فيها مقام الكيل للحاجة تيسيراً بخلاف ما اذا كانا موضوعين على الارض وهذه الحاجة في القليل دون الكثير والتفاوت مع الخرص ينعدم أو يقل في القليل ويكثر في الكثير والفرق بين التفاوت الكثير واليسير في التبرع أصل حتى أن الزيادة تدخل في الكيلين يجعل عفواً بخلاف مازاد علي ذلك وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر كيل بكيل وما علي روس النخل تمر فلا يجوز بيعه بالتمر الا كيلا بكيل وهذا الحديث عام متفق على قبوله فيترجح على الخاص المختلف

في قبوله والعمل به ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة فالمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة والمزابنة بيع التمر على رؤس النخل بالتمر خرصاً وأما العرية التي فيها الرخصة بقوله ورخص في العرايا هي العطية دون البيع قال صلى الله عليه وسلم للخراصين خففوا في الخرص فان في المال العرية والوصية والمخروص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطا وقال القائل شاعر الانصار

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

والافتخار بالعطاء دون البيع وتفسير العرية أن يهب الرجل ثمر نخله من بستانه لرجل ثم يشق على المعرى دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمراً محدوداً بالخرص ليدفع الضرر عن نفسه ولا يكون مخلفاً للوعد وهذا عندنا جائز لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضاً عنه بل هبة مبتدأة وانما سمى ذلك بيعاً مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوى ان الرخصة مقصورة على هذ فنقل كما وقع عنده والقياس معنى في المسئلة لانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز لطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض أو كانا على رؤس النخيل وكما في سائر المكيلات من الحنطة والشعير فانه لو باع الشعير المتحصل بشعير مثله بطريق الخرص لم يجز وكذلك الحنطة والشافعي لا يجوز ذلك في الحنطة لمعنيين (أحدهما) ان شراء الحنطة في سنبلها بالدراهم عنده لا يجوز لانه شراء مالم يره بخلاف الشعير فانه ظاهر مرئى (والثانى) أنه بيع مطعوم بمطعوم من جنسه لم يعرف التساوى بينهما في المعيار الشرعى. قال (ولا بأس بشراء فضل الحنطة بحنطة مجازفة أو كيلا بعد أن يكون بعينه لان الفضل ليس بمكيل ولا موزون انما هو علف الدواب بمنزلة الحشيش ثم بيع الزرع النابت قبل أن يصير منتفعا به لا يجوز سواء باعه بالنقد أو بغيره لان البيع يختص بعين مال متقوم والزرع في أول مايبدو قبل أن يصير منتفعا به لا يكون مالا متقوماً اما بعد ما صار منتفعاً به بحيث يعمل فيه المناجل ومشافر الدواب يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به فان باعه بشرط القطع أو مطلقا جاز لان مقتضى مطلق البيع تسليم المعقود عليه عقيبه فهو وشرط القطع سواء وان باعه بشرط الترك في أرضه حتى

يدرك فلا خير فيه لانه ان كان بمقابلة منفعة الترك بعض البدل فهو اجارة مشروطة فى البيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من البدل فهو اعارة مشروطة فى العقد وكل واحد منهما مفسد للعقد وان اشتراه مطلقا ثم تركه الى وقت الادراك فان كان الترك باذن البائع فالفضل طيب للمشترى لانه تبرع عليه بمنافع أرضه وان كان الترك بغير اذن البائع فعليه أن يتصدق بالفضل لانه حصل له بكسب خبيث فانه غاصب للارض والزيادة انما حصلت بقوة الارض فكان بمنزلة من غصب أرضاً وزرعها فعليه أن يتصدق بالفضل. قال (وان استأجر الارض مدة معلومة بأجر معلوم ليترك الفضل فيها فذلك جائز) لان استئجار الارض صحيح اذا كان المستأجر يتمكن من استيفاء منفعتها والتمكن هنا موجود لاشتغالها بزرعه بمعنى أنه وصلت منفعة الارض الي زرعه فصار كأن زرعه استوفي منفعة الارض وان استأجرها الي وقت الادراك فهو فاسد لجهالة المعقود عليه وقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتأخر اذا طال البرد ويلزمه أجر المثل لانه استوفى فى المنفعة بحكم عقد فاسد ولا يجاوز به ما سمى لانعدام المقوم في الزيادة ثم يرفع من الغلة ماغرم فيه ويتصدق بالفضل لانه حصل بحكم عقد فاسد فتمكن فيه نوع خبيث. قال (ولا بأس بأن يبتاع زرع الحنطة بعد ماأدرك بغير الحنطة عندنا) وعند الشافعى لا يجوز فى أحد القولين لانه اشترى ما لم يره وبيانه يأتى فى موضعه ان شاء الله تعالى. قال (واذا كان الشيء مما يكال أو يوزن بين رجلين وهما نوعان فاقتسماه مجازفة فأخذ أحدهما أحد النوعين والآخر النوع الآخر بغير كيل وأخذ كل واحد منهما نصف نوع بمجازفة فهو جائز اذا اصطلحا عليه) لانهما جنسان مختلفان والمعاوضة عند اختلاف الجنس يدا بيد يجوز كيف ما كان وكل واحد منهما يأخذ نصف النوع الذى أخذه بتقديم ملكه والنصف الآخر عوضا عما تركه لصاحبه من نصيبه فى النوع الآخر وبيع الحنطة بالشعير مجازفة يجوز. قال (ولا يجوز شراء اللبن فى الضرع كيلا ولا مجازفة بدراهم أو غير ذلك لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الغرر والغرر ما يكون مستور العاقبة ولا يدرى أن ما فى الضرع ريح أودم أو لبن ولان البيع يختص بعين مال متقوم بنفسه واللبن في الضرع بمنزلة الصفة في الحيوان ولا يكون مالا متقوما بنفسه قبل الحلب وأوصاف الحيوان لاتقبل البيع كاليد والرجل ولان اللبن يزداد ساعة فساعة وتلك الزيادة لا يتناولها البيع واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع ثم تمكن المنازعة بينهما فى التسليم

لان المشتري يستقصى فى الحلب والبائع يطالبه بترك داعية اللبن وكذلك بيع أولادها فى بطونها لايجوز لمعنى الغرور وانعدام المالية والتقوم فيه مقصوداً قبل الانفصال وعجز البائع عن تسليمه واستدل بنهي رسول الله صلي الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة منهم من يروى بالكسر الحبلة فيتناول بيع الحمل ومنهم من يروى بالنصب الحبلة فيكون المراد بيع ما يحمل هذا الحمل بأن ولدت الناقة ثم حبلت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها وقد كانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطل ذلك كله رسول الله صلي الله عليه وسلم بنهيه عن بيع المضامين والملاقيح وعن بيع حبل الحبلة قيل المضامين ما تضمنه الاصلاب والملاقيح ما تضمنه الارحام وقيل على عكس هذا المضامين ماتضمه الارحام والملاقيح ماتضمه الاصلاب وكذلك شراء أصوافها علي ظهورها لان الصوف قبل الجزاز وصف للحيوان وليس بمال متقوم في نفسه ولان المنازعة بينهما يتمكن في التسليم فان المشترى يستقصى فى الجزاز والبائع يمنعه من ذلك وعن أبى يوسف رحمه الله أنه جوز ذلك لان الصوف عين مال ظاهر وقاسه ببيع قوائم الخلاف وذلك جائز والفرق بينهما على ظاهر الرواية ان النمو فى أغصان الشجرة يكون من رأسها لا من أصلها فلا يختلط ملك البائع بملك المشترى وأما النمو فى الصوف يكون من أصله وذلك يتبين فيما اذا حضب الصوف على ظهر الشاة ثم تركه حتى نما فالمحصوب يكون على رأسه لا في أصله فيختلط ملك البائع بملك المشترى مع أن ما يكون متصلا بحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجرة فهو عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه لذلك . قال (وكل شيء اشتراه من الثمار على رأس الشجر بصنف من غيره يدا بيد فلا بأس به وشراء الثمار قبل أن تصير منتفعا بها لا يجوز) لانه اذا كان بحيث لا يصلح لتناول بنى آدم أو علف الدواب فهو ليس بمال متقوم فان صار منتفعا به ولكن لم يبد صلاحه بعد بأن كان لا يأمن العاهة والفساد عليه فاشتراه بشرط القطع يجوز وان اشتراة بشرط الترك لايجوز وان اشتراه مطلقا يجوز عندنا لان مطلق العقد يقتضى تسليم المعقود عليه في الحال فهو وشرط القطع سواء وعند الشافعي لا يجوز هذا العقد لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها أو قال حتى يزهى أو قال حتى تؤمن العاهة وتأويله عندنا فى البيع بشرط الترك بدليل قوله أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمرة بما يستحل أحدكم مال أخيه المسلم وانما يتوهم هذا اذا اشتري بشرط الترك الي أن يبدو صلاحها أما اذا اشتراها بعد ما بدا صلاحها الا أنها لم تدرك بعد شرط القطع

يجوز وكذلك مطلقا ويؤمر بأن يقطعها في الحال بمقتضى مطلق العقد وعند الشافعي رحمه الله يتركها الى وقت الادراك لانه هو المتعارف بين الناس ولو اشتراها بشرط الترك فالعقد فاسد عندنا جائز عند الشافعي رحمه الله لانه متعارف بين الناس ومن الشرائط في العقود مايجوز العرف كما اذا اشترى نعلا وشراكين بشرط أن يحذوها البائع ولكنا نقول ان كان بمقابلة منفعة الترك شيء من البدل فهذه اجارة مشروطة في البيع وان لم يكن فهي اعارة مشروطة في البيع وقد ورد الشرع بالنهي عن ذلك حيث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر ثم ان الثمار على رؤس الاشجار تزداد وهذه الزيادة تحدث من ملك البائع بعد البيع فكأنه ضم المعدوم الى الموجود واشتراهما فكان باطلا وفصل النعل مستحسن من القياس ولا يتمكن في ذلك الشرط شراء المعدوم فاما اذا تناهى عظم الثمار وصار بحيث لا يزداد ذلك ولكن لم ينضج فان اشتراه بشرط القطع أو مطلقا يجوز وان اشتراه بشرط الترك ففي القياس العقد فاسد وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا وجوز محمد العقد في هذا الفصل استحسانا لانه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا ولكن الشمس تنضجه بتقدير الله ويأخذ اللون من القمر بتقدير الله والطعم من الكواكب بتقدير الله فلم يبق فيه الا عمل الشمس والقمر والكواكب فلهذا قال محمد أستحسن أن أجوزه بخلاف ما قبل ان يتناهى عظمه فان اشتراه مطلق ثم تركه الى وقت الادراك فهو على قياس ما قدمنا من التفصيل في الفصل الا في فصلين (أحدهما) ان هناك لو استأجر الارض مدة معلومة يجوز وهنا لو استأجر الاشجار مدة معلومة لا يجوز بحال لان استئجار الارض بالدراهم صحيح واستئجار الاشجار لا يجوز بحال (والثاني) ان هناك لو استأجر الارض الى وقت الادراك يلزمه أجر المثل ولا يطيب له الفضل وهنا لا يلزمه شيء من الاجر ويطيب له الفضل لان استئجار الاشجار لا يجوز له بحال فلا ينعقد العقد عليهما فاسدا أيضا وبدون انعقاد العقد لا يجب الاجر واذا صار العقد لغوا بقي مجرد الاذن والترك متى كان بأذن البائع فالفضل يطيب له ولم يذكر فصلا آخر في الكتاب وهو ما اذا صار بعض الثمار منتفعا به ولم يخرج البعض بعد أو لم يصر منتفعا به ولم يخرج البعض أو لم يصر منتفعا به

كالتين ونحوه فاشترى الكل فظاهر المذهب ان هذا العقد لايجوز عندنا خلافا لمالك فانه يقول وجود صفة المالية والتقوم في شئ مما هو المقصود يجعل كوجوده فى الكل للحاجة الى ذلك كما ان فى باب الاجارة يجعل وجود جزء من المنفعة كوجود الكل فى حق جواز العقد أو يجعل ما خرج أصلا وما لم يخرج منه جعل تبعا له فى حق جواز العقد لتعامل الناس ولكنا نقول جمع فى العقد بين المعدوم والموجود والمعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود من البدل غير معلوم فلا يجوز العقد وجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما للضرورة وذلك فيما لا يقبل العقد بعد الوجود حقيقة فأما الثمار تقبل العقد بعد الوجود قال رضى الله عنه وكان شيخنا الامام شمس الائمة يفتى بجواز هذا البيع فى الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك وهكذا حكى عن الشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل قال أجعل الموجود أصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا قال أستحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج بين . قال وقد رأيت رواية فى هذا عن محمد وهو فى بيع الورد على الاشجار فان الورد مثلا حق ثم جوز البيع في الكل مطلقا بهذا الطريق قال الشيخ الامام ولكن الاول عندى أصح لان المصير الى هذا الطريق عند تحقق الضرورة ولا ضرورة فى الباذنجان والبطيخ فانه يمكنه ان يبيع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشترى له وفي الثمار كذلك فانه يمكنه ان يشترى الموجود المنتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقى الى ان يصير منتفعا به أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل للبائع ان ينتفع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق . (قال وان اشترى طعاما بطعام مثله فعجله له وترك الذى اشترى ولم يقبض حتى افترقا فلا بأس به عندنا) وقال الشافعى يبطل البيع والتقابض فى المجلس فى بيع الطعام بالطعام من جنسه أو من خلاف جنسه ليس بشرط عندنا وقال الشافعى هو شرط عندي واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم فى الاشياء الاربعة يداً بيد والمراد به القبض ألا ترى ان هذا اللفظ فى الذهب والفضة أفاد شرط القبض ثم قال فى آخر الحديث واذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد وهذا ينصرف الى جميع ما سبق ثم فهم منه فى بيع الذهب والفضة شرط القبض في المجلس فكذلك في الاشياء الاربعة ولان العقد جمع بين بدلين لو قوبل كل واحد منهما بجنسه عينا يحرم التفاضل بينهما فيشترط القبض فيه فى المجلس كبيع الذهب والفضة وهذا

لان بالاتفاق يحرم النساء هنا مع اختلاف الجنس وليس ذلك للتفاوت في المالية لان حقيقة التفاضل عند اختلاف الجنس يجوز فعرفنا ان حرمة النساء لوجوب القبض في المجلس ولنا في المسئلة طريقان (أحدهما) ان القبض حكم للعقد فلا يشترط اقترانه بالعقد كالملك فانه يجوز ان يتأخر عن حالة العقد بخيار شرط أو نحوه وهذا لان حكم الشئ يعقبه ولا يقترن به وانما يقترن بالشئ شرطه والقبض في كل بيع انما يستحق بالعقد فيكون حكم العقد لا شرطه وساعات المجلس انما تجعل كحالة العقد فيما هو شرط العقد فأما في الحكم مجلس العقد وما بعده سواء وهذا بخلاف الصرف فالقبض الذى هو حكم العقد لا يشترط هنالك عندنا وانما يشترط التعيين لان التعين شرط العقد بدليل نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ والنقود لا تتعين في العقود فكان اشتراط القبض للتعيين وليس أحد البدلين في الصرف بأولى من الآخر بهذا شرطنا القبض فيهما للتعين وفي باب السلم شرطنا القبض في رأس المال للتعيين حتى لا يكون دينا بدين ولكن ما يقابله وهو السلم فيه مؤجل فلا يشترط التعيين فيه بمقتضي العقد ثم قد يرد عقد الصرف والسلم علي ما يتعين بالتعيين الا أنه يشق على كل تاجر معرفة ما يتعين ومعرفة مالا يتعين فأقام الشرع اسم الصرف والسلم مقام عدم التعيين في البدلين تيسيرا علي الناس والطريقة (الثانية) ما علل في الكتاب وقال لانه حاضر ليس له أجل ومعنى هذا أن الحرمة باعتبار فضل في المالية حقيقة أو حكما باشتراط الاجل وذلك لا يوجد هنا فالتجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وبين غير المقبوض بعد أن يكون حالا واذا لم يتمكن فضل خالى عن المقابلة كان العقد جائزا كما في بيع العبيد والدواب بجنسه أو بغير جنسه وأما الصرف والسلم فقد اختصا باسم شرعا واختصاصهما باسم لاختصاصهما بحكم يقتضيه ذلك الاسم وهو صرف ما في يد كل واحد منهما الى يد صاحبه بالقبض في المجلس ولهذا شرطنا ذلك مع اختلاف الجنس والسلم أخذ عاجل بآجل فشرطنا التعجيل في أحد البدلين بمقتضي الاسم وقد يؤخذ حكم العقد من اسمه كالكفالة والحوالة والنكاح فاما هذا البيع كسائر البيوع في الاسم وكل واحد من العوضين فيه يتعين بالتعيين فيكون حكم العقد فيه استحقاق التسليم لا وجوب القبض في المجلس كما في سائر البيوع وقد بينا في أول الكتاب ان المراد من قوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد أى عين بعين لان التعيين بالاشارة باليد كما أن القبض يكون باليد فيصلح ذكر اليد كناية عنهما ولكن لو كان مراده القبض لقال من يدالى

يد فلما قال يداً بيد عرفنا انه بمنزلة قوله عين بعين وأما بيع العبد بالعبدين والثوب بالثوبين فجائز بدون القبض فى المجلس لانهما يفترقان عن عين بعين وكذلك بيع العبد والثوب بالنقد لانهما يفترقان عن عين بدين وذلك جائز ولو شرط فيه أجل يوم فى العين كان فاسداً لان العين لا تقبل الاجل فالمقصود بالاجل أن يحصل فى المدة فيسلمه وذلك في العين لا يتحقق ولانه منفعة فى اشتراط الاجل في العين لا يداً بيد لا يسقط فيه بالتعرف بعد أن كان مملوكا لغيره بالعقد لان الاجل لا يمنع الملك ولكن فيه ضرر على المشترى من حيث قصور يده عن العين الى مضى الاجل وجواز الشرط فى العقد الانتفاع به لا لضرر بغيره . قال (واذا اشترى طعاما بطعام مثله واشترط أحدهما على صاحبه أن يوفيه طعامه فى منزله لم يجز) لان شرط المساواة عند اتحاد الجنس ثابت بالنص وبهذا الشرط متمكن في أحد الجانبين فضل وهو منفعة الحمل الى منزله ليوفيه فيه فتنعدم به المساوة وان كان اشتراه بغير جنسه بأن اشتراه خارجا من المصر وشرط أن يوفيه فى منزله فى المصر فالعقد فاسد أيضاً لان وجوب التسليم بالعقد فى الموضع الذى فيه المعقود عليه فالمشترى يملك بنفس العقد وهو عين فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل على البائع فسد به العقد كما لو شرط أن يطحنه وان كان اشتراه في المصر وشرط أن يحمله الى منزله فالعقد فاسد فان شرط ان يوفيه فى منزله ففى القياس العقد فاسد وهو قول محمد وفى الاستحسان هو جائز وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وجه القياس ما بينا ان بنفس العقد صار المبيع مملوكا للمشترى فى الموضع الذى فيه المعقود عليه ففى اشتراط تسليمه فى مكان آخر شرطه منفعة لا يقبضه العقد فان كان بمقابلتها شيء من البدل فهى اجارة مشروطة فى البيع والا فهى اعارة مشروطة فى البيع وذلك مفسد للبيع كما لو اشتراها خارج المصر أو كان الشرط بلفظ الحمل وانما استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف للعرف فان الانسان يشترى الحطب فى المصر ولا يكترى دابة أخرى لتحمله الى منزله ولكن البائع هو الذى يتكلف لذلك وما كان متعارفا وليس في عينه نص يبطله فالقول بجوازه واجب لما فى النزع عن العادة من حرج بين ومثل هذه العادة لا توجد خارج المصر بل اذا اشترى الحنطة أو الحطب خارج المصر فالمشترى هو الذى يتكلف الحمل ذلك يوضحه أن نواحي المصر كناحية واحدة حتى ان قيمة ما له حمل ومؤنة لا يختلف فى نواحى المصر بخلاف المصر مع القرية فقيمتها فى المصر أكثر من قيمتها خارج المصر وما كان ذلك الا لان

المشترى هو الذي يتكلف بالنقل ثم هذا الاستحسان عند بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى في لفظ الحمل والايفاء سواء وقالوا لا فرق خصوصا في لسان الفارسية بين أن يقول يسار نجانه من أو بيادنجانه من أو برداد بخانه من والاصح هو الفرق من قبل أن الايفاء من مقتضيات العقد فالعقد يوجب ايفاء المعقود عليه لا محالة فكان شرط الايفاء ملائما لمقتضى العقد فاما الحمل ليس من مقتضات العقد ألا ترى أن العقد قد يخلو عنه بأن يسلمه الى المشترى في ذلك المكان وشرط الحمل لا يلائم مقتضى العقد فلهذا أخذنا فيه بالقياس. قال (وان اشترى شعيرا بصوف متفاضلا فلا بأس به) لانهما جنسان لاختلاف الاسم والهيئة والمقصود وأصلهما وان كان نوعا واحداً ولكن باختلاف هذه المعانى يختلف الجنس مع اتحاد الاصل كالثياب المتخذة من القطن وكذلك القطن بالكتان والمشاقة بالكتان لا بأس به متفاضلا لانهما جنسان مختلفان الا فى رواية عن أبي يوسف قال المشاقة والكتان جنس واحد فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر الا وزنا بوزن بمنزلة أنواع التمر والحديد والنحاس كذلك جنسان لا بأس ببيع أحدهما بالآخر متفاضلا ولا خير فى أن يسلم هذا فى شيء من الموزونات لان الكل موزون بثمن وكذلك الاوانى المتخذة من الصفر والنحاس اذا كان يباع وزنا لا يجوز اسلامهما في الموزونات أما أوانى الذهب والفضة فيجوز اسلامهما في الموزونات من الزعفران والسكر وغيرهما كما يجوز اسلام الدراهم فى هذه الاشياء لان صفة الثمينة لها ثابتة بأصل الخلقة فلا تتغير بالصنعة وعند زفر لا يجوز لانه موزون مثمن حتى يتعين بالعقد فى التعيين فهذا كالمتخذ من الصفر والحديد واذا كان شرط السلم طعاما وسطا فأعطاه أجود أو أردأ فرضى به جاز لانه ان أعطاه أجود فقد أحسن فى قضاء الدين وان أعطاه أردأ فقد أحسن الآخر الى أسيره حين رضى منه به وأبرأه من صفة الجودة حين تجوز بدون حقه فجاز ذلك وذكر الطحاوى انه لو أسلم اليه دراهم فى حنطة فقبضها رب السلم فوجد بها عيبا وقد تعيب عنده فان رضي المسلم اليه أن يقبلها مع العيب الحادث رد المقبوض وطالبه رب السلم بحقه وان أبى أن يرضى لم يرجع رب السلم عليه بشيء فى قول أبى حنيفة لان الفائت وصف ولا قيمة للصفة فى الاموال الربوية منفردة عن الاصل وعند محمد رجع بحصة نقصان العيب من رأس المال لان بقدر ما يرجع يخرج من أن يكون رأس المال بمنزلة ما لو حط بعضه فلا يؤدى الى الربا اذا رجع بحصة العيب بهذا الطريق وقال أبو يوسف ان أبى المسلم اليه أن يقبل المعيب غرم

رب السلم طعاما قبل المقبوض ورجع بحقه وهو مستقيم على أصله فى رد المثل عند تعذر رد العين لصاحب الدين اذا وجد المقبوض زيوفا وقد هلك فى يده وفي اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله. قال (لو قال لآخر اشتريت منك كر حنطة وسط الى أجل كذا بهذه العشرة دراهم على أن تؤديها الى فى مكان كذا فهو سلم جائز عندنا) وقال زفر لا يجوز لانه بيع ما ليس عند الانسان وهو منهى عنه شرعا وانما الرخصة فى السلم خاصة فاذا ذكر لفظ السلم جاز بطريق الرخصة والا فهو فاسد ولا كنا نقول قد أتينا بمعنى السلم وذكر شرائطه والعبرة للمعنى دون الالفاظ ألا ترى أنه لو قال ملكتك هذه العين بعشرة دراهم وقبل الاخر كان بيعا وان لم يذكر الفظ البيع وهذا على أصل زفر أظهر فانه يجعل الهبة بشرط العوض بيعا ابتداء ثم ختم الباب بفصل من فصول التحالف وهو ما اذا اشترى عبدين وقبضهما وهلك أحدهما عنده ثم اختلفا فى الثمن فعلى قول أبى حنيفة القول قول المشترى ولا يتحالفان لا فى القائم ولا فى الهالك الا أن يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا وعند أبى يوسف القول قول المشترى فى حصة الهالك ويتحالفان ويترادان فى الحى وعند محمد يتحالفان ويترادان القائم وقيمة الهالك وهذا بناء على ما اذا اختلفا فى الثمن بعد هلاك السلعة فان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هلاك السلعة يمنع جريان التحالف بينهما وعند محمد لا يمنع وبيان هذا الفصل يأتى فى بابه ان شاء الله فلما كان من أصل محمد أن هلاك جميع السلعة لا يمنع جريان التحالف فكذلك هلاك البعض ثم بعد التحالف فسخ العقد فى القائم منهما على العين ممكن فرد العين وفى الهالك رد العين متعذر فيقوم رد القيمة مقام رد العين كما لو كان الكل هالكا عنده والقول في قيمة الهالك قول المشترى مع يمينه لانكاره الزيادة بمنزلة الغاصب مع المغصوب منه اذا اختلفا في قيمة المغصوب وعند أبى يوسف لو كانا قائمين فسخ العقد فيما بينهما بالتحالف ولو كانا هالكين لم يجز التحالف بينهما فاذا مات أحدهما يعتبر كل واحد منهما فى نفسه كما فى الفسخ بسبب الرد بالعيب ثم تفسير قوله أن المشترى يحلف بالله ما اشتراهما بالفين ثم يحلف البائع بالله ما باعهما بألف كما يدعيه المشترى ولا يفصل احدهما عن الآخر في اليمين لانه اذا فصل أحدهما عن الآخر فى التحالف يفوت مقصود اليمين فكل واحد منهما يكون بارا فى يمينه وان كان الحال كما يدعيه خصمه فلهذا يجمع بينهما فى التحالف فاذا تحالفا ترد العين منهما ثم يحلف المشترى فى حصة الهالك بالله ماعليه من ثمنه الا خمسمائة اذا كانت قيمتهما سواء وان

اختلفا في قيمة الهالك فينبغي أن يكون القول في قيمته قول البائع مع يمينه وان اختلفا في قيمة الحي لتوزيع الثمن عليهما تحكم قيمته في الحال فان كانت مثل ما يقوله البائع أو أقل فالقول قول البائع مع يمينه وان كانت مثل ما يقوله المشتري أو أكثر منه فالقول قول المشتري مع يمينه وان كانت فيما بين ذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فاذا حلفا اعتبرت قيمته في الحال لتوزيع الثمن عليهما وأما بيان قول أبي حنيفة فانه يقول الصفقة صفقة واحدة والمقصود بالتحالف هو الفسخ فاذا تعذر ذلك بهلاك بعض المعقود عليه يجعل بمنزلة مالو تعذر بهلاك الكل ألا ترى أنهما لو كانا قائمين لم يستقم ثبوت حكم التحالف والفسخ في أحدهما دون الآخر فكذلك بعد هلاك أحدهما بخلاف الرد بالعيب لان العيب مما لا يمنع تمام الصفقة فاذا هلك أحدهما في يده ووجد بالآخر عيباً فرده يكون هذا تفريقا للصفقة قبل التمام وذلك لم يجز بخلاف مانحن فيه فان جهالة الثمن تمنع تمام الصفقة فلو قلنا فانه يجوز رده يكون القول في الثمن قول المشتري الا أن شاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فحينئذ يصير الهالك كأن لم يتناوله العقد وكأنه ما اشترى الا القائم ثم عند ذلك يحلف المشتري بالله ما اشتراهما بألفين ثم يحلف البائع بالله ماباعهما بألف لان من اشترى شيئين بألفين ثم حلف مااشترى أحدهما بألف كان صادقا وكذلك من باع شيئين بألف ثم حلف ماباع أحدهما بخمسمائة كان صادقا فلهذا يجمع بينهما في التحالف فاذا تحالفا ردالدين ولا شيء للبائع على المشتري في الهالك من ثمن ولا قيمة لانه قد أبرأه من ذلك حين رضي بأن يأخذ الحي فقط والله أعلم

﴿ باب الوكالة في السلم ﴾

قال (واذا وكل الرجل الرجل أن يسلم له عشرة دراهم في كر حنطة فاسلمها الوكيل بشروط السلم ودفع الدراهم من عنده فهو جائز) لأن السلم عقد تملك الآمر بمباشرته بنفسه فيجوز منه توكيل غيره به كبيع العين لان الوكيل يقوم مقام الموكل في تحصيل مقصوده وهذا عقد يملك المأمور مباشرته لنفسه فيصح منه مباشرته لغيره بأمره كالبيع لان العاقد باشر العقد بأهليته وولايته الاصلية سواء باشر لنفسه أو لغيره والاصل فيه قوله تعالى (فابعثوا أحدكم

بورقكم هذه الى المدينة) الآية ومن دفع الى آخر دراهم ليشترى بها شيئاً فان المدفوع اليه يكون وكيلا من جهة الدافع وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه دفع الى حكيم ابن حزام أو الى عروة البارق رضى الله عنهما ديناراً ليشترى له به أضحية فدل أن التوكيل جائز فى البيع فكذلك فى السلم لان السلم نوع بيع على ماعرف وكذلك الناس تعاملوا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا التوكيل فى البيع والسلم جميعا فاذا عرفنا هذا فنقول الوكيل فى السلم كالعاقد لنفسه فى حقوق العقد حتى تتوجه عليه المطالبة بتسليم رأس المال دون الموكل وكذلك حق قبض المسلم فيه عند حلول الاجل يكون للوكيل دون الموكل وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله ذلك للموكل كله وعليه وأصل المسئلة في البيع فان حقوق العقد فى البيع والشراء تتعلق بالوكيل عندنا وعند الشافعى رحمه الله بالموكل. قال (لان الوكيل سفير ومعبر عنه بمنزلة الرسول فاذا عقد العقد خرج من الوسط وصار فى الحكم كأنّ الموكل عقده بنفسه) ألا ترى أن ماهو حكم العقد وهو الملك يثبت للموكل دون الوكيل فكذلك فى سائر أحكامه وشبه هذا بالوكيل بالنكاح فانه لا يتوجه عليه المطالبة بالصداق ولا يكون له حق قبض المعقود عليه بل ذلك كله للموكل والجامع بينهما أن كل واحد منهما عقد معاوضة فتتعلق أحكامه بمن قصد تحصيله لنفسه دون من عبر عنه ولنا أن العاقد هو الوكيل وسبب تعلق حقوق العقد بالمرء مباشرته العقد وثبوت الحكم باعتبار السبب فاذا كان هو العاقد حقيقة وحكما تتعلق حقوق العقد به كما لو باشر العقد لنفسه وهذا لان ولايته مباشرة العقد باعتبار أهليته وباعتبار كون ماهو ركن العقد وهو الكلام من خالص حقه وذلك لايختلف بمباشرته لنفسه أو لغيره ونفوذه شرعا باعتبار ولايته الاصلية لا أن يثبت له بأمر الموكل اياه ولاية لم تكن ثابتة من قبل هذا لبيان أنه عاقد حقيقة وشرعا ومن حيث الحكم فلانه مستغن عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان معبرا عنه لم يستغن عن ذكره عند العقد فثبت أنه عاقد حكما مباشر للعقد بخلاف لرسول فانه عبارة عن مبلغ الأمر الى من أرسل اليه ولا يستغنى عن الاضافة اليه وكذلك الوكيل بالنكاح فانه لايستغنى عن اضافة العقد الى الموكل حتى لو قال تزوجتك كان النكاح له دون الموكل فاما حكم العقد وهو الملك ففيه طريقان (أحدهما) أنه يثبت للوكيل ثم ينتقل منه الى الموكل من ساعته كما اتفقا عليه بالتوكيل السابق ومباشرته السبب تستدعي ثبوت الحكم الا أنه يستقر له فيثبت أولا له

ثم ينتقل منه الى غيره ولهذا لو كان قريبه لا يعتق عليه ولو كانت زوجته لا يفسد النكاح لان ذلك يستدعي ملكا مستقراً ولا يثبت ذلك للوكيل وعلى الطريق الآخر وهو الاصح لسبب انعقد حكمه موجبا للوكيل الا أن الموكل قام مقامه في ثبوت الملك له بالتوكيل السابق فيثبت للموكل على وجه الخلافة عن الوكيل كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فيقع الملك فيه لمولاه على وجه الخلافة واذا ثبت أن الوكيل كالعاقد لنفسه كان هو المطالب بتسليم رأس المال فاذا نقده من عنده رجع بمثله على الآمر لانه نقد مال نفسه في عقد حصل مقصود ذلك العقد للآمر فأمره اياه بالعقد يكون أمراً باداء رأس المال من عنده على أن يرجع عليه بمثله وكذلك الوكيل هو الذي يقبض الطعام اذا حل الاجل بمنزلة العاقد لنفسه والغنم بمقابلة الغرم فاذا كان هو المطالب بتسليم رأس المال كان حق قبض الطعام اليه أيضا فاذا قبضه كان له حبسه حتى يستوفى الدراهم من الموكل عندنا خلافا لزفر كذلك الوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه وقبض السلعة كان له أن يحبسه أما اذا هلك في يده قبل أن يحبسه فانما يهلك من مال الموكل وللوكيل أن يرجع عليه بما أدى من الدراهم لانه في أصل القبض عامل له حتى يتعين به ملك الموكل في السلم ويتم ملكه به في المشترى فيكون هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فان لم يهلك وأراد الوكيل حبسه بالثمن فله ذلك عندنا وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فكأنه قبض حقيقة ثم دفعه الى الوكيل وهذا لمعنيين (أحدهما) أن المقبوض أمانة في يد الوكيل والثمن دين له على صاحبه وليس للأمين أن يحبس الامانة بدينه على صاحبها (والثاني) أن الوكيل لما قبضه مع علمه أن الموكل يصير به قابضا فقد رضي بقبض الموكل فكان بمنزلة مالو سلمه اليه ثم أراد أن يسترده منه أو بمنزلة بائع سلم السلعة الى المشترى ثم أراد أن يستردها للحبس بالثمن ولنا أن الموكل ملك المشترى بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه الوكيل عليه حالا والا فكان له أن يحبس العين به كالبائع مع المشترى وهذا لان الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشترى إما لان الموكل يتلقى الملك فيه من الوكيل بعوض ولهذا لو اختلف الوكيل والموكل في الثمن تحالفا ولو وجد به الموكل عيبا رده على الوكيل قوله بأن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ففيه طريقان (أحدهما) أن قبض الوكيل متردد لجواز أن يكون لضم مقصود الوكيل ويجوز أن يكون لأحياء

حق نفسه وانما يتبين أحدهما عن الآخر بحبسه فكان الأمر فيه موهوما في الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه عنه عرفنا انه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضاً بقبضه (والثاني) ان هذا قبض لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوصل الى الحبس مالم يقبض ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا ومالا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حقه فى الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له الا التحرز عنه فاذا حبسه الوكيل وهلك في يده فعلى قول زفر هو غاصب فعليه ضمان مثله وفى قول أبى يوسف يهلك فى يده هلاك الرهن مضمونا بالاقل من قيمته ومن الثمن وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يهلك هلاك المبيع مضمونا بالثمن قل أو كثر وهذا الخلاف ذكره في كتاب الوكالة فأبو يوسف يقول انما كان مضمونا عليه بالحبس بحقه بعد أن لا يكون مضمونا فيكون فى معنى المرهون بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه أو لم يحبسه يوضحه أنه يحبسه ليستوفي ما أدى عنه من الدين والحبس للاستيفاء حكم الرهن ولان بهلاكه لا ينفسخ أصل البيع بخلاف المبيع اذا هلك في يد البائع وسقوط الثمن هناك لانفساخ البيع وهما يقولان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى بدليل ما بينا فكما أن المبيع اذا هلك فى يد البائع سقط الثمن قل أو كثر فكذلك هنا ولا نقول العقد لا ينفسخ هنا بل انفسخ فيما بين الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع وهو كما لو وجد الموكل بالمشترى عيبا فرده ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد فيما بينه وبين الموكل والدليل على أن هذا ليس نظير الرهن أن هذا الحبس ثبت فى النصف الشائع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت في الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة وانما يثبت ذلك بحكم البيع فعرفنا أنه كالمبيع . قال (وان كان الوكيل دفع رأس المال من مال الموكل وأخذ بالسلم كفيلا أو رهنا فهو جائز) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والوكيل يملك الاستيفاء حقيقة فيملك أخذ الرهن به والكفالة للتوثيق والوكيل هو المطالب بالمسلم فيه فكان له أن يتوثق بأخذ الكفيل به لانه ملك المطالبة فملك التوثق بالمطالبة . قال (فان حل السلم فأخره الوكيل مدة معلومة فهو جائز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن طعام السلم للموكل) وعلى قول أبى يوسف لا يصح تأخيره وكذلك ان أبرأ المسلم اليه عن طعام السلم وأصل هذا أن طعام السلم أصل يقبل

الابراء قبل القبض وأصل هذا فيما اذا عقد لنفسه ثم أبرأه عن طعام السلم صح ابراؤه فى ظاهر الروايه وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا يصح مالم يقبل المسلم اليه فاذا قبل كان فسخا لعقد السلم لان المسلم فيه مبيع وتمليك المبيع من البائع قبل القبض لا يجوز مالم يقبل فاذا قبل انفسخ العقد كالمشترى اذا وهب المبيع من البائع قبل القبض ووجه ظاهر الرواية أن المسلم فيه دين لا يستحق قبضه فى المجلس فيصح الابراء عنه كالثمن في البيع بخلاف بدل الصرف أو رأس مال السلم فانّ قبضه فى المجلس مستحق وهذا لان استحقاق القبض في المجلس للتعيين الذى هو شرط العقد والابراء مفوت لذلك وأما الدين الذى لا يستحق قبضه في المجلس فتعيينه ليس شرطا لجواز اسقاط القبض فيه بالابراء يوضحه أن المسلم فيه من حيث أنه دين يجب بالعقد كان بمنزلة الثمن ومن حيث ان العقد يضاف اليه ويورد عليه كان بمنزلة المبيع فتوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالبيع لا يجوز الاستبدال به قبل القبض ولشبهه بالثمن يجوز اسقاط القبض فيه بالابراء اذا ثبت هذا فيما اذا كان عقد السلم فنقول لنفسه فكذلك الجواب اذا كان وكيلا يصح ابراؤه ويضمن مثله للموكل فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصح ابراؤه فى قول أبى يوسف وكذلك الخلاف فى المتاركة اذا تارك الوكيل السلم مع المسلم اليه وكذلك الخلاف فى الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشترى عن الثمن أو وهب له أو أجله فيه صح ذلك وضمنه للموكل فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يصح شئ من ذلك أستحسن ذلك وأدع القياس فيه قال محمد بن مقاتل وهذا عجب من أبى يوسف يقول أستحسن والقياس ما قاله لان الثمن والمسلم فيه ملك الموكل فانه بدل ملكه وانما يملك البدل بملك الاصل ألا ترى أن بقبضه يتعين ملك الموكل وانما يتعين بالقبض ملك من كان مالكا قبله فالوكيل تصرف فى ملك الغير بخلاف ما أمره به فلا ينفذ تصرفه كما لو قبضه فوهبه منه ودليل أن تصرفه بخلاف ما أمره به فلا ينفذ تصرفه كما لو قبضه فوهبه منه ودليل أن تصرفه ما أمره به ان الوكيل ضامن عندكم ولا يضمن الا بالخلاف والدليل علي انه ملك الموكل ان الموكل لو كان هو الذى أبرأه عنه صح ولو قبضه جاز قبضه وكذلك لو اشترى به شيئاً أو صالح منه على عين بالثمن صح ولو كان للمشترى على الموكل دين فاشترى من الوكيل شيئا حتى وجب للموكل على المشترى دين أيضاً يصير قصاصا بدينه فبه يتبين أن الثمن الذى يجب بعقد الوكيل ملك الموكل

وان الزكاة فى هـذا المـال تجب علي الموكل فعرفنا ان الملك له وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الوكيل تصرف فى خالص حقه فينفذ تصرفه كما لو كان عاقداً لنفسه وبيان الوصف في التأجيل ظاهر لانه يؤخر المطالبة ولا يسقط أصل الثمن والمطالبة حق الوكيل حتى ينفرد به على وجه لا يملك أحد عزله عنه وليس لاحد أن يطالب الا بأمره وكذلك الابراء فانه اسقاط حق القبض والقبض خالص حقه لانه حكم العقد وهو في حكم العقد بمنزلة العاقد لنفسه بدليل أنه لا يعزله أحد عنه وأن المشترى لا يجبر على التسليم الا اليه وانما يخلفه الموكل فى ملك المال بمقابلة ملكه والمال هو المقبوض دون الدين والدين ليس بمال حتى أن من حلف ان لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث فعرفنا أن القبض خالص حقه فيصح اسقاطه بالابراء ثم يتعدى هذا التصرف الى ابطال حق الموكل في المال باعتبار المال لانه لو قبض كان المقبوض ملكه وقد فات ذلك باسقاطه فيكون ضامناً له كالراهن اذا أعتق المرهون ينفذ تصرفه لمصادفة حقه ويضمن قيمة المالية للمرتهن لانه تلفه بتصرفه ملك المالية وكذلك أحد الشريكين اذا أعتق وهو موسر أ وهو مسقط للقبض على وجه يتضمن تمليك الدين ممن عليه فمن حيث أنه اسقاط صح منه وبرئ المشترى ومن حيث أنه تمليك الثمن الذى هو حق الموكل من المشترى صار ضامناً له كالوكيل بالشراء اذا رضي بالعيب والى الموكل أن يرضى به فان رضي الوكيل يعتبر بانقطاع منازعته مع البائع غير معتبر فى الزام الموكل فيختص هو بضرره وهـذا لان الاسقاط أصل فى الابراء ومعنى التمليك تبع ولهذا صح بدون القبول وان كان يرتد بالرد واما قبض الثمن فالمقبوض عين ملك الموكل فهبته بعد ذلك تصرف فى حق الغير وأما فصل المقاصة فهو على ثلاثة أوجه ان كان دين المشترى على الوكيل وهو مثل الثمن يصير قصاصاً بدينه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويضمن للموكل مثله وان كان دين المشترى على الموكل يصير قصاصاً بالاتفاق لان باعتبار المال الحق للموكل ولهـذا لو أسلم اليه المشترى جاز قبضه فيصير قصاصا بدينه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن الموكل مثله وان كان دين المشترى علي الموكل يصير قصاصا بالاتفاق لان باعتبار المال الحق للموكل فيصير قصاصا بدينه وان كان الدين له على كل واحد منهما صار قصاصا بدين الوكيل لانه لو جعل قصاصا بدين الوكيل كان ضامنا للموكل مثله ثم يحتاج الى قضاء دينه به واذا جعل قصاصا بدين الموكل لم يضمن أحـد شيئا فرجحنا هذا الجانب لهذا والاب والوصى

يصح ابراؤهما وتأجيلهما فيما وجب للصبي بعقدهما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وكانا ضامنين له فأما فيما وجب لا بعقدهما لايصح لانهما ثابتان أمراً بالتصرف فى ماله على وجه الاحسن وذلك لا يحصل بالابراء. قال (والتأجيل والمتاركة من الوكيل بالثمن صحيح فى حق المسلم اليه بخلاف الوكيل بالشراء فان إقالته لاتصح)لان هناك عين المشترى مملوك للموكل فالاقالة تصرف منه فى محل هو حق الغير وهنا المسلم فيه دين والثابت به حق القبض مادام فى الذمة وهو حق الوكيل وان احتال بالمسلم فيه على ملي أو غير ملي جاز عليه خاصة ويضمن للآمر طعامه لانه تصرف فى خالص حقه بالتحويل من محل الى محل فهو على الخلاف الذى بينا فى الابراء ويستوفى فى حكم الضمان أن يكون المحتال عليه أعلا أو أسفل بخلاف الاب والوصى فانهما لو قبلا الحوالة على من هو أعلا لم يضمنا شيئا لانه تصرف منهما فى حق الصبي على وجه الاحسن وهما يملكان المبادلة فى حقه بصفة النظر فاذا بادلا ذمة بذمة على وجه النظر لم يضمنا والوكيل لايملك مثله فى حق الموكل فلهذا ضمنه. قال (وان اقتضى الطعام أدون من شرطه فهو جائز)لانه أبرأه عن صفة الجودة ولو أبرأه عن أصله جاز وضمن للموكل مثل طعامه عندهما فكذلك اذا رضى بدون حقه واذا عقد الوكيل السلم ثم أمر الموكل باداء رأس المال وذهب الوكيل بطل السلم لان وجوب قبض رأس المال قبل الافتراق من حقوق العقد فيتعلق بالعاقد وهو الوكيل والموكل فيه كاجنبي آخر فلا معتبر ببقائه في المجلس بعد ذهاب العاقد ولا بذهابه اذا بقي المتعاقدان في المجلس فاذا وكله أن يسلم له عشرة دراهم فى كر حنطة فاسلمها فى قفيز حنطة فهو جائز على الوكيل دون الموكل لانه وكيل بالشراء فالمسلم فيه مبيع ورب السلم مشترى والوكيل بالشراء لا يملك الشراء فى حق الموكل بالغبن الفاحش لما فيه من التهمة أنه باشر التصرف لنفسه ثم لما علم بالغبن أراد أن يلزمه الموكل فاذا انفذ العقد عليه ضمن للموكل كل دراهمه لانه قضى بدراهمه دين نفسه فان أسلمها فى حنطة يكون نقصانها عن رأس المال مما يتغابن الناس فى مثله جاز على الموكل لان هنا العذر لا يستطاع الامتناع عنه الا بحرج فكان عفواً فى تصرفه لغيره شراء كان أو بيعا. قال (واذ وكله أن يسلم له عشرة دراهم في طعام فالطعام الدقيق والحنطة عندنا استحسانا وفى القياس هذا التوكيل باطل)لان اسم الطعام حقيقة لكل مطعوم بدليل مالو حلف أن لا يأكل طعاما وما لو أوصى للانسان بطعامه والمطعومات أجناس مختلفة وجهالة الجنس تمنع صحة الوكالة ولكنه

استحسن فقال السلم بيع والطعام اذا أطلق عند ذكر البيع والشراء يراد به الحنطة ودقيقها
فان سوق الطعام الموضع الذى يباع فيه الحنطة ودقيقها وبائع الطعام من يبيع الحنطة ودقيقها
دون من يبيع الفواكه وهذا لان الشراء لا يتم الا بالبائع فكل مايسمى بائعه بائع الطعام يصير
هو به مشتريا للطعام بخلاف الاكل فانه يتم بالآكل والوصية تتم بالموصى فاعتبرنا فيهما
حقيقة الاسم قالوا وهذا اذا كانت الدراهم كثيرة فأما اذا كانت قليلة فانما ينصرف الى الخبز
فأما الدقيق ففيه روايتان وفى رواية هو بمنزلة الحنطة لانه يذكر كما تذكر الحنطة وفي
رواية هو بمنزلة الخبز وهذا القياس والاستحسان ثابت في الوكيل بالشراء واذا ثبت أن اسم
الطعام يتناول الحنطة ودقيقها فالتوكيل صحيح لانه ان كثرت الدراهم عرفنا ان مراده الحنطة
فاذا قلت عرفنا أن مراده الدقيق والمعلوم دلالة كالمعلوم نصا فنقول اذا وكله بأن يسلم له دراهم في
طعام فأسلم في شعير أو غيره فهو مخالف وللموكل أن يضمن الوكيل دراهمه لان عقده نفذ على نفسه ثم
قضي بدراهم الآمر دين نفسه وان شاء الآمر أخذها من المسلم اليه لان المقبوض من الدراهم
عين ملكه فهو أحق به فان أخذها من المسلم اليه يبطل السلم فيما بينه وبين الوكيل وان كان
قد فارقه لان رأس المال استحق انتقض القبض فيه من الاصل وان لم يكن فارقه حتى أعطاه
مثلها كان السلم صحيحا بينهما لان المقبوض لما استحق فكأنه لم يقبض الى آخر المجلس وعقد
السلم ما تعلق بعين تلك الدراهم بل تعلق بمثلها فى ذمته وان أخذها من الوكيل يبقى عقد السلم
بينهما صحيحا لانه يملك رأس المال بالضمان واذا وكله بأن يأخذ دراهم فى طعام مسمى فأخذها
الوكيل ثم دفعها الى الموكل فالطعام على الوكيل وللوكيل علي الموكل دراهم قرض لان أصل
التوكيل باطل فان المسلم اليه أمره يبيع الطعام فى ذمته ولو أمره أن يبيع عين ماله علي أن
يكون الثمن للآمر كان باطلا فكذلك اذا أمره أن يبيع طعاما في ذمته وهذا لانه إنما يعتبر
أمره فيما لا يملك المأمور بدون أمره وهو فى قبول السلم في الطعام مستغنى عن أمر الغير
وقبول السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل كالتكدى فالحاصل أن التوكيل من المسلم
اليه بقبول عقد السلم باطل والتوكيل من رب السلم بأعطاء الدراهم فى طعام السلم جائز واذا
بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه
الي الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه . قال (واذا دفع اليه عشرة دراهم وأمره أن
يسلمها فى ثوب لم تصح الوكالة حتى تبين الجنس) لان الثياب أجناس مختلفة ومع جهالة الجنس

لايقدرالوكيل على تحصيل مقصودالموكل فيبطل التوكيل فان الوكيل كان عاقداً لنفسه وروى عن أبي يوسف أنه قال ينظر الوكيل الى لباس الموكل فاذا اشترى الوكيل من جنس لباس الموكل يجوز ويلزم الموكل لان الظاهر أن الانسان انما يأمر غيره بشراء الثوب ليلبسه فيعتبر بثيابه فان سمى الموكل ثوبا يهوديا أوغيره جاز لان الجنس صار معلوما وانما بقيت الجهالة في الصفة ولا تأثير لجهالة الصفة في العقود المبنية على التوسع والوكالة بهذه الصفة فان خالفه الوكيل فأسلم في غيره أوالى غيرا لاجل الذى سماه كان عاقداً لنفسه وللموكل أن يضمنه دراهمه فان ضمنه إياها جاز السلم وان ضمنها المسلم اليه بطل السلم لانتقاض قبضه في رأس المال بعد الانتقاض من الاصل. قال (واذا دفع الوكيل الدراهم سلمها على ماأمره به الآمر ولم يشهد على المسلم اليه بالاستيفاء ثم جاء المسلم اليه بدراهم زيوف يردها عليه فقال وجدتها فيها فهو مصدق) لانه ينكر استيفاء حقه فالقول قوله مع يمينه ويقضى له على الوكيل ببدله ويرجع به الوكيل على الموكل لانه في تصرفه عامل له فيرجع عليه بما يلحقه بالعهدة وان كان أشهد عليه بالاستيفاء لم يصدق بعد ذلك على ادعائه أنه زيف معناه اذا أقر المسلم اليه باستيفاء الجياد أوباستيفاء حقه أوباستيفاء رأس المال فهو مناقض بعد ذلك في دعواه أنه زيوف فلا يسمع بعد ذلك منه ولا تقبل بينته عليه ولا يتوجه اليمين على خصمه فأما اذا أقر باستيفاء الدراهم فاسم الدراهم يتناول الزيوف والجياد فلا يكون مناقضاً في قوله وجدتها زيوفا. قال (واذ وكله بأن يسلم له عشرة دراهم من الدين الذى له عليه في حنطة فأسلمها له فهو عاقد لنفسه حتى يقبض الطعام فيرده الى الآمر مكان دينه) فحينئذ يسلم للآمر اذا تراضيا عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز على الآمر وكذلك لو أمره أن يصرفها له بدنانير أويشترى له بها شيئاً سماه وجه قولهما أن الدين في ذمة المديون ملك صاحب الدين بدليل أن يطالبه بالتسليم وينفرد باستيفاء جنسه من ماله ويشترى منها شيئاً فيجوز فانما أضاف التوكيل الى ملكه وذلك صحيح كما لو كانت الدراهم وديعة له في يده أوغصبا فوكله أن يشترى له بها والدليل عليه انه لو عين المسلم اليه بقوله أسلمها في طعام الى فلان أوعين البائع أوالمبيع بقوله اشترى لى بها عبد فلان فانه يصح فكذلك اذا أطلق لان تسمية من يعامله الوكيل ليس بشرط لصحة الوكالة يوضحه أنه لو قال تصدق بمالى عليك على المساكين يجوز بمنزلة مالو قال تصدق به على فلان فكذلك اذا أمره بالشراء به ولابى حنيفة حرفان (أحدهما) أنه

أمره بصرف في الدين الى من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع مالى عليك من الدين الى من يثبت أو ألقه فى البحر كان صحيحاً والمعنى فى الفرق أن المديون انما يقضى الدين بملك نفسه وهو فى تصرفه فى ملك نفسه بالدفع الى الغير لا يحتاج الى اذن الآمر فكان وجود أمره كعدمه فأما فى العين تصرفه فى ملك الغير ولا يملك ذلك الا باذن من له الحق وهذا بخلاف ما اذا عين المسلم اليه أو البائع لان من أمره بالصرف اليه هناك معلوم فكان أمره معتبراً فى توكيله ذلك الرجل بالقبض له أولا ثم لنفسه وكذلك اذا عين المتاع لان بتعيينه يتعين المالك فالانسان فى العادة يشترى الشئ من مالكه وهنا لا يمكن اعتبار أمره فى توكيل القابض بقبضه لانه توكيل المجهول وذلك باطل وهذا بخلاف قوله تصدق بمالى عليك لان المتصدق يجعل المال لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى فلا جهالة فيمن أمره أن يجعل ذلك له فهو بمنزلة مالو أمره بالدفع الى آدمى عينه (والثانى) أن بعقد السلم يجب رأس المال على الوكيل ثم يجب له مثله على الموكل فأما أن يكون هو مقرضا له فى ذمته ليقضى به دينا عليه وذلك لا يجوز أو أمره له بان يقبض من نفسه ثم يقضى به دينا عليه وذلك لا يجوز يوضحه أن يقيم الوكيل مقام نفسه فيما يأمره به من التصرف وهو بنفسه له أسلم الدين الذى له على زيد الى عمرو في طعام لا يجوز فكذلك اذا وكل المديون بان يفعل له ذلك وبه يظهر الفرق بين الدين والعين ولكن الاعتماد على الحرف الاول قال (واذا وكل الرجل الرجلين ان يسلما له عشرة دراهم فى طعام فأسلمها أحدهما لم يجز) لان عقد السلم يحتاج فيه الى الرأى والتدبير كبيع العين وهو انما رضى برأى المثنى ورأى الواحد لا يكون كرأى المثنى فان أسلماها ثم تارك أحدهما مع المسلم اليه السلم لم يجز عندهم جميعا أما عند أبى يوسف لان الوكيل بالسلم لا يملك المشاركة ولو تاركا لم يجز فكذلك اذا تارك أحدهما وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الوكيلين لو عقدا لانفسهما ثم تارك أحدهما لم يجز بغير رضى الآخر فاذا كان وكيلين أولى قال (واذا عقد الوكيل السلم ثم اقتضى الآمر الطعام فهو جائز استحسانا وفى القياس لا يجوز) لان القبض من حكم العقد والموكل منه كسائر الاجانب ألا ترى أن الايفاء لم يجب على المسلم اليه بطلبه فكذلك لا يبرأ بالتسليم اليه وجه الاستحسان أن يقبض الوكيل بتعيين ملك الموكل فكان الموكل فى هذا القبض عاملا لنفسه فى تعيين ملكه فهو يكفى

الوكيل مؤونة القبض والتسليم اليه ولا يلحق به ضرر في تصرفه يوضحه أنا لو نقضنا قبضه احتجنا الى اعادته بعينه في الحال لانه يرده على المسلم اليه فيقبضه الوكيل منه ثم يسلمه الى الموكل وهذا اشتغال بما لا يفيد والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولا ينقض شيئا ليعيد وان تارك السلم اليه مع الموكل جاز لانه قائم مقام العاقد في ملك المعقود عليه فتصح منه المتاركة كما تصح من وارث رب السلم بعد الموت وان لم يتاركه فأراد قبض الطعام منه فللمسلم اليه أن يمتنع من دفعه اليه لان المطالبة بالتسليم تتوجه بالعقد والموكل من العقد أجنبي فمطالبته لا تلزم المسلم اليه الدفع اليه. قال (واذا دفع الى رجل عشرة دراهم ليسلمها في طعام فناول الوكيل رجلا فبايعه فان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان العقد للآمر وان أضافه الى دراهم نفسه كان عاقداً لنفسه) لان الظاهر يدل على ذلك ولان فعله محمول على ما يحل وفيما يعقد لنفسه لا يحل له اضافة العقد الي دراهم غيره وان عقد السلم بعشرة مطلقة ثم نواها للآمر فالعقد له وان لم تحضره نية فان دفع دراهم نفسه فالعقد له وان دفع دراهم الآمر فهو للآمر في قول أبي يوسف وقال محمد هو عاقد لنفسه مالم ينو عند العقد أنه للآمر وان تكاذبا في النية فقال الآمر نويته لي وقال المأمور نويته لنفسي فالطعام للذى نقد دراهمه بالاتفاق فمحمد يقول الاصل ان كل أحد يعمل لنفسه الا أن يقترن بعمله دليل يدل على انه يعمل لغيره وذلك باضافة العقد الى دراهم الغير أو النية للغير فاذا انعدم ذلك كان عاملا لنفسه ولا يمكن أن يجعل نقد الدراهم دليلا علي ذلك لان نقد الدراهم لا يقترن بالعقد بل يكون بعده وبعد ما أوقع العقد له لا يتحول الى غيره وان نقد دراهم الغير وبه فارق التكاذب لان النقد موجود عند التكاذب فيمكن أن يجعل دليلا من حيث شهادة الظاهر لاحدهما لان الظاهر أنه فيما عقد لنفسه لا ينقد دراهم الغير فاذا كان المنقود دراهم الآمر فالظاهر يشهد له فكان القول قوله يوضحه أن بقبول الوكالة من الغير لا يخيل ولايته علي نفسه وقبل قبول الوكالة كان مطلق عقده لنفسه فكذلك بعد قبول الوكالة لان تلك الولاية باقية بعد قبول الوكالة كما كانت قبله ولان موجب العقد وقوع الملك له في الطعام للعاقد الا أنه اذا نوى للموكل فالموكل يخلفه في ذلك الملك والمصير الى الخلف عند فوات ما هو الاصل وعند اطلاق العقد ما هو الاصل ممكن الاعتبار فلا يضاف الى الخلف وأبو يوسف يقول العقد والنقد كشيء واحد حكما لان النقد وان كان بعد العقد صورة فهو كالمقترن بالعقد اذ لو لم

يجعل كذلك كان دينا بدين وذلك لايجوز والدليل عليه أن بعد ما نقد الدراهم لو أراد ان يستردها ليعطى غيرها لم يملك كما لو اقترن التعيين بالعقد بأن أضاف العقد الى دراهم الآمر ثم أراد أن يدفع غيرها ويجعل العقد لنفسه لم يملك ذلك فاذا صار كشيء واحد فهو دليل ظاهر على من وقع العقد له فيجب تحكمه كما في حالة التكاذب يوضحه أنه بعد قبول الوكالة يعقد للموكل بولايته الاصلية كما يعقد لنفسه ولهذا تعلق به حقوق العقد في الوجهين فاذا استوى الجانبان يصار الى ترجيح أحدهما بالنقد كما يصار اليه عند التكاذب وفرق أبو يوسف بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير اذا أطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقداً لنفسه فان الحج عبادة والعبادات لا تتأدى الا بالنية فكان مأمورا بأن ينوى عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الركن وأما فى المعاملات فالنية ليست بركن فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد. قال (وان وكله بثوب يبيعه بدراهم فأسلمه في طعام الى أجل فهو عاقد لنفسه) لانه خالف ماأمره به نصا وان أمره ببيعه ولم يسم له الثمن فأسلمه فى طعام جاز على الآمر في قول أبي حنيفة ولم يجز فى قولهما وهذه فصول (أحدها) أن الوكيل في البيع مطلقا يبيع بالنقد والنسيئة عندنا وقال الشافعى لا يبيع الا بالنقد لان مطلق التوكيل بالبيع معتبر بمطلق ايجاب البيع ومطلق ايجاب البيع ينصرف الى الثمن الحال دون النسيئة فكذلك مطلق التوكيل وهذا لان الاجل شرط زائد على مايتم به العقد فلا يثبت الاذن فيه الا بالتنصيص ولكنا نقول أمره ببيع مطلق فلا يجوز اثبات التقييد فيه من غير دليل والتقييد بالثمن الحال بعدم صفة الاطلاق ولا دلالة عليه فى كلامه نصا ولا عرفا فالبيع بالنسيئة معتاد بين التجار كالبيع بالنقد وربما يكون البيع بالنسيئة أقرب الى تحصيل مقصودهما وهو الربح والدليل عليه ان المضارب والاب والوصى يملكون البيع بالنسيئة وأما مطلق ايجاب البيع فانما يحمله على النقد لتعذر اعتبار الاطلاق فان البيع يستدعى صفة معينة في الثمن ألا ترى انه لو قال بعته منك بالنقد والنسيئة لا يجوز وفى التوكيل لا يوجد مثل هذا فالتوكيل صحيح بدون تعيين أحد الوصفين حتى لو قال بعته بالنقد أو بالنسيئة يجوز ثم قيل على قول أبي حنيفة يجوز بيعه بثمن مؤجل طالت المدة أو قصرت وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بأجل متعارف ولو أجله مدة غير متعارفة فى مثل تلك السلعة لا يجوز بمنزلة البيع بالغبن الفاحش عندهما وعند أبي يوسف . قال (ان أمره بالبيع على وجه التجارة فله

أن يبيعه بالنسيئة أما اذا أمره بالبيع لحاجته الى النفقة أو الى قضاء دينه فليس له أن يبيعه بالنسيئة ولو باعه بغبن جاز عند أبي حنيفة سواء كان الغبن يسيراً أو فاحشا وعندهما لا يجوز بيعه بغبن فاحش لان دليل العرف يقيد مطلق التوكيل حتى يتقيد التوكيل بشراء الاضحية بأيام النحر والتوكيل بشراء الفحم زمان الشتاء والجمد بزمان الصيف فانه اذا وكله ان يشتري له جمداً في الشتاء يكون مشتريا لنفسه وان كان التوكيل مطلقا فصح ما ذكرنا والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فالظاهر انما يستعين بغيره فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وهو لا يعجز عن بيع ما يساوي مائة درهم بعشرة دراهم وقاسا بالوكيل بالشراء فان شراءه بالغبن الفاحش لا ينفذ على الآمر كذلك الوكيل بالبيع لان كل واحد منهما أمر بما هو من صنيع التجار وكذلك الاب والوصي لا يملكان بيع مال اليتيم بغبن فاحش لهذا المعنى ولان المحاباة الفاحشة كالهبة حتى اذا حصلت من المريض تعتبر من الثلث والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وأبو حنيفة يقول أمره بمطلق البيع وقد أتى به لان البيع مبادلة مال بمال شرطا وقد وجد ذلك فما من جزء من المبيع الا ويقابله جزء من الثمن ألا ترى أن المبيع لو كان داراً يجب للشفيع الشفعة في جميعه وبه يتبين أنه بيع وليس بهبة وبان اعتبر من الثلث في حق المريض هذا لا يدل على أنه ليس ببيع مطلق وان الوكيل لا يملكه كالبيع بغبن يسير والدليل عليه أن من حلف لا يبيع فباع بغبن فاحش يحنث ولا يحنث الا بكمال الشرط فعرفنا أنه بيع مطلق فيصير الوكيل به ممتثلا للآمر فانا لو قيدنا بالبيع بمثل القيمة أبطلنا حكم الاطلاق من كلامه وذلك لا يجوز من غير دليل فأما العرف الذي قال قلنا هذا مشترك فالانسان قد يبيع الشئ تبرما منه ولا يبالي عند ذلك بقلة الثمن وكثرته وقد يبيعه لطلب الربح فعند ذلك لا يبيعه بالغبن عادة وبالمشترك لا يبطل حكم الاطلاق ثم البيع بالغبن متعارف فالمقصود من البيع الربح وذلك لا يحصل الا وأن يصير أحدهما مغبونا والانسان يرغب في شراء ما يساوي عشرة بدرهم ولكن لا يجد ذلك فأما أن لا يكون متعارفا فلانم العرف لا يعارض النص والاطلاق ثابت بالنص فلا يبطل بالعرف كما في اليمين فان العرف كما يعتبر في الوكالة يعتبر في اليمين وما ذكر من مسئلة الاضحية وغيرها فهي مروية عن أبي يوسف فأما عند أبي حنيفة يعتبر الاطلاق في جميع ذلك ودليل التقييد التهمة في الموضع الذي يثبت التقييد فيه ولهذا قال أبو حنيفة الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه وابنه للتهمة ولا تهمة

فى بيعه من الاجنبي بقليل القيمة لان ما يستوفى من الثمن يسلمه الى الآمر قل أو كثر وبه فارق الوكيل بالشراء فهناك التهمة متمكنة فربما اشتراه لنفسه فلما علم بالغبن أراد أن يلزمه الآمر ولان الوكيل بالشراء كما يستوجب الثمن فى ذمة نفسه يوجب لنفسه مثله في ذمة الآمر والانسان متهم فى حق نفسه فلا يملك أن يلزم ذمة الآمر الثمن مالم يدخل فى ملكه بإزائه ما يعدله ولهذا لو قال اشتريت وقبضت الثمن وهلك في يدى فهلك الثمن فانه لا يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندى كان القول قوله ولان أمره بالشراء يلاقى ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة فى ملك الغير فلا يعتبر اطلاق أمره فيه بخلاف البيع فان أمره يلاقى ملك نفسه وله فى ملك نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق فى الوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك اشترى ذلك المتاع بجميع مايملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لم يقصد ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير وفى جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به علي شئ من ماله سوي المبيع الذى رضى بزوال ملكه وهذا بخلاف الاب والوصي لان ولايتهما مقيدة بالانظر والاصلح ولا يوجد في البيع بالغبن الفاحش وعلى هذا الخلاف لو باعه الوكيل بعرض يجوز عند أبى حنيفة لاطلاق الآمر ولا يجوز عندهما لان البيع بعرض شراء من وجه فكل واحد منهما فى بدل صاحبه مشترى وانما أمره بالبيع فلا يملك به ماهو متردد بين البيع والشراء وأبو حنيفة يقول فعله فيما يتناوله الآمر بيع من كل وجه لانه يزيله عن ملكه بعرض هو مال والبيع ليس الا هذا ثم جانب البيع يترجح علي جانب الشراء فى البيع ألا ترى أن أحد المضاربين اذا اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال المضاربة يتوقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف أيضا فان أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا أن جانب البيع يترجح فيه وعلى هذا لو باعه الوكيل بمكيل أو موزون فعند أبى حنيفة يجوز على الآمر وعندهما لا يجوز الا أن يبيعه بالنقد اذا عرفنا هذا فنقول اذا أسلم الثوب فى طعام الى أجل فقد أزال الثوب عن ملكه بالطعام وذلك جائز علي الآمر عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز لانه لم يبعه بالنقد والتوكيل انصرف اليه خاصة. قال (واذا وكله بالسلم فادخل الوكيل فى العقد شرطا أفسده لم يضمنه الوكيل لانه لم يخالف وانما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالافساد)

وهذا لانا لو ضمناه بإفساد العقد تحرز الناس عن قبول الوكالات فكل أحد لا يكون كأبي حنيفة في العلم بأحكام والاسباب المقيدة للعقد. قال (وأكره توكيل الذمي يعقد له السلم وان فعله يجوز لان الذمي لا يتحرز عن الربا وعن مباشرة العقد الفاسد إما لجهله بذلك أو لاعتقاده أو قصده أن يوكل المسلم الحرام فلهذا يكره له أن يأمنه على ذلك ويجوز له ان فعله) لان عقد السلم من المعاملات وهم في ذلك يستوون بالمسلمين. قال (وليس للوكيل بالسلم أن يوكل غيره به) لان هذا عقد يحتاج فيه الى الرأي والتدبير والموكل رضي برأيه دون رأي غيره بخلاف المضارب يوكل بالسلم فيجوز لان رب المال قد رضي برأيه وبتوكيله حين فوض اليه الاسترباح عاما وذلك بتجارة حاضرة وغائبة واذا اشتغل بأحدهما بنفسه فلا يجد بداً من أن يستعين فيه بالآخر بخلاف الوكيل الا أن يكون الآمر قال له ما صنعت فيه من شيء فهو جائز فيجوز حينئذ لانه أجاز صنيعه عاما والتوكيل من صنعه فيدخل في عموم اجازته ولا يجوز للمسلم عقد بيع ولا يسلم لنفسه على الخمر ولا للكافر لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم وهو العاقد عليها سواء عقده على ذلك لنفسه أو لكافر بخلاف المسلم يتوكل عن المجوسي في أن يزوجه مجوسية فيجوز ذلك لان الوكيل في النكاح معبر لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل فيعتبر جانب الموكل وفي البيع والسلم هو عاقد لنفسه ليستغني عن الاضافة في العقد الى غيره فيعتبر جانبه. قال (وان وكل المسلم الذمي بأن يشتري له خمراً أو يسلم له فيها ففعل ذلك مع ذمي جاز على الآمر في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو مشتري لنفسه) لان المسلم لا يملك هذا العقد لنفسه بنفسه فلا يصح توكيل غيره به كما لو وكل المسلم مجوسيا بان يزوجه مجوسية وهذا لانه لو نفذ عقده على الآمر ملك المسلم الخمر بالعقد ولا يجوز أن يملك المسلم الخمر بعقد التجارة وهذا منهما نوع استحسان فكأنهما يقولان في البيع والشراء طرفان طرف العقد وطرف الملك فكما ان الكافر اذا وكل به المسلم لا يجوز لاعتبار طرف العقد فكذلك المسلم اذا وكل الكافر به لا يجوز لاعتبار طرف الملك بل أولى لان العقد سبب الملك والثابت به الملك في المحل وهو المقصود فاذا وجبت مراعاة جانب العقد فلأن تجب مراعاة جانب الملك أولى وأبو حنيفة يقول الذمي ولي الصفقة هو الوكيل والخمر مال متقوم في حقه يملك أن يشتريها لنفسه فيملك أن يشتريها لغيره وهذا لان الممتنع ههنا بسبب الاسلام هو العقد على الخمر لا الملك فالمسلم من أهل أن يملك الخمر ألا ترى

أنه ذا تخمر عصير المسلم يبقي مملوكا له واذا مات قريبه عن خمر يملكها بالارث وهنا ان اعتبرنا جانب العقد فالعاقد من أهله وهو في حقوق العقد كالعاقد لنفسه وان اعتبرنا جانب الملك فللمسلم من أهل ملك الخمر فيصح التوكيل ألا ترى أن في جانب العقد افساد التوكيل اذا كان الوكيل مسلما يعتبر جانب العقد دون الملك فكذلك في جانب تصحيح الوكالة وبه فارق النكاح فالوكيل في باب النكاح سفير ومعبر فكان العاقد هو الموكل وقوله بأن الموكل يملك الخمر بالعقد فليس كذلك بل العقد يوجب الملك للعاقد ثم الموكل يخلفه في ذلك على ماقررنا والمسلم من أهل ان يملك الخمر بهذا الطريق كما اذا أذن لعبده الكافر في التجارة فاشترى العبد خمراً فان المولي يملكها على سبيل الخلافة عنه وكذلك المكاتب اذا كان كافراً واشترى خمراً ثم عجز فمولاه المسلم يملكها بطريق الخلافة عنه وفرقهما أن العبد والمكاتب يتصرفان لأنفسهما ولهذا لا يرجعان على المولى بعهدة تصرفهما فلهذا اعتبرنا حالهما فأما الوكيل فيتصرف للموكل حتى يرجع عليه بما يلحقه من العهدة ويكون الموكل في قرار العهدة عليه كأنه باشر التصرف بنفسه فكذلك في عقد الوكيل له على الخمر فاذا تعذر تنفيذ العقد على الآمر نفذ العقد على الوكيل . قال (واذا وكل الرجل الرجل بدراهم يسلمها له في طعام فصرفها الوكيل بدراهم غيرها فقد خالف في العقد فكان مباشرا العقد لنفسه ضامنا لما صرفه من دراهم الآمر بعد ذلك) وكذلك لو كان المدفوع ديناراً فصرفه بدراهم ثم أسلمها في طعام فهو للوكيل لانه خالف في العقد والبدل ثم أسلم بدراهم نفسه في الطعام فكان الطعام له وهو ضامن للدنانير . قال (واذا وكله رجلان أن يسلم لهما في طعام واحد ولكن من غير خلط جاز لانه حصل مقصود كل واحد منهما بكماله) فلا فرق بين أن يفعل ذلك في عقدة أو عقدتين واذا خلط الدراهم ثم أسلمها في الطعام كان مخالفا ضامنا لان دراهم كل واحد منهما في يده أمانة فيصير بالخلط ضامنا متملكا كما هو أصل أبي حنيفة ثم أضاف عقد السلم الي دراهم نفسه فكان الطعام له بخلاف الاول فلم يوجد هناك خلط موجب للضمان وانما حصل الاختلاط في المسلم فيه حكما لاتحاد العقد حكما ومثله لا يصير الأمين ضامنا وان أسلم دراهم كل واحد منهما عن حدة الى رجل واحد ثم اقتضى شيئا فادعى كل واحد منهما أى الأمرين أنه من حقه فالقول قول المسلم اليه لانه هو الملك لما يوفي من الطعام فرجع في بيان مايملك اليه فان كان هو غائبا فالقول قول الوكيل لانه أحد المتعاقدين ولان

كل واحد منهما انما تملك بعقد باشره الوكيل فعند الاشتباه يرجع فى البيان اليه فاذا قدم المسلم اليه وكذب الوكيل فالقول قول المسلم اليه لانه هو الاصل فى هذا البيان وسقط اعتبار الخلف عند ظهور الاصل وان أسلم الوكيل الى نفسه فهو باطل لان الواحد فى عقد التجارة لايصلح أن يكون مباشراً للعقد من الجانبين لما فيه من تضاد الاحكام فانه يكون مملكا متملكا مسلما متسلماً مخاصما متخاصما وذلك لايجوز ولانه متهم في حق نفسه وقد بينا أن التهمة تخصص الامر المطلق * وكذلك * لو أسلم الي شريك له مفاوض لانهما بعقد المفاوضة صار كشخص واحد فى عقود التجارة فكل واحد منهما مطالب بما يجب علي صاحبه فهو وما لو أسلم الى نفسه سواء * وكذلك * ان أسلم الي عبده لان كسب العبد لمولاه فهو متهم في ذلك * وكذلك * الى مكاتبه لان له حق الملك فى كسب المكاتب وينقلب ذلك صحيحا حقيقة ملك يعجزه فان أسلم الى شريك له عنان جاز اذا لم يكن من تجارتهما لان كل واحد منهما من صاحبه كسائر الاجانب فيما ليس من تجارتهما حتى تجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه فيما ليس من تجارتهما فان أسلمها الى ابنه أو الى أحد أبويه أوزوجته ممن لاتقبل شهادته له لم يجز عند أبي حنيفة وهو جائز فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه ليس لواحد منهما في مال صاحبه ملك ولا حق ملك فكان بمنزلة مالو أسلم الى أخيه فانه يجوز وهذا بخلاف الشهادة لان ذلك خبر ممثل بين الصدق والكذب فلا يترجح جانب الصدق فيها مع تمكن تهمة الميل وأبو حنيفة يقول مطلق الوكالة تتقيد بالتهمة وكل واحد منهما متهم فى حق صاحبه بدليل أنه لا تقبل شهادته له فكان اسلامه اليه كاسلامه الى عبده ومكاتبه وهذا لان تصرف الوكيل انما يكون في حق الغير والظاهر من حال المرء إيثار ولده وزوجته علي الاجنبي وسوي هذا فى المسئلة كلام وخلاف فى معاملة الوكيل مع هؤلاء بمثل القيمة أو بالغبن اليسير وقد أملينا تمام ذلك في كتاب الوكالة واذا وكل الوكيل بالسلم رجلا بقبض المسلم فيه ممن عليه فقبضه برئ المسلم اليه منه لان الوكيل فى حق القبض كالعاقد لنفسه حتى يختص بالمطالبة به ولو كان عاقدا لنفسه كان قبض وكيله فى براءة المسلم كقبضه بنفسه فان كان الوكيل الثانى عبداً للوكيل الاول أو ابنه في عياله أو أجير له فهو جائز على الآمر حتى لو هلك في يده هلك من مال الآمر والمراد الاجير الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة لان يد هؤلاء في الحفظ كيده ألا ترى أنه لو قبض بنفسه ثم سلم الي

واحد من هؤلاء ثم هلك لا يجب الضمان على واحد وان كان الوكيل الثانى أجنبيا فالوكيل الاول ضامن للطعام إن ضاع في يد وكيله لان قبض وكيله كقبضه بنفسه ولو قبضه بنفسه ثم دفعه الى أجنبي كان ضامنا فكذلك هنا وان لم يذكر ان الوكيل الثانى هل يكون ضامنا في حق رب المسلم فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يكون ضامنا بمنزلة مودع المودع وقد بينا الخلاف فيه وفي الوديعة وان وصل الى الوكيل الاول برىء هو ووكيله عن ضمانه كما لو قبض الوكيل الاول بنفسه اذ لا فرق بين أن يصل الى يده من يد المسلم اليه أو من يد وكيله فلهذا لا ضمان فيه على أحد فاذا أسلم الوكيل الدراهم الى امرأة جاز * وكذلك * لو كان الموكل أو الوكيل امرأة يجوز لان هذا من باب المعاملات فيستوى فيه الرجال والنساء والله تعالى أعلم

﴿ تم الجزء الثانى عشر من كتاب المبسوط ويليه الجزء الثالث عشر ﴾

﴿ وأوله باب البيوع الفاسدة ﴾

﴿ فهرست الجزء الثانى عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ تمت فهرست الجزء الثانى عشر من كتاب المبسوط ﴾